

Die rechtliche Bewertung von Glücksspielen im Internet

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Friedrich-Schiller-Universität Jena

von Constantin Harald Fahr

geboren am 20. Juli 1983

in Leverkusen

Gutachter:

1. Gutachter (Referent): Prof. Dr. Christian Alexander
2. Gutachter (Koreferent): Prof. Dr. Matthias Knauff
3. Prüfer: Prof. Dr. Dr. Heiner Alwart

Disputation:

8. November 2016

INHALTSÜBERSICHT

LITERATURVERZEICHNIS.....	X
A. EINLEITUNG UND GANG DER DARSTELLUNG	1
I. PROBLEMBESCHREIBUNG.....	1
II. GANG DER DARSTELLUNG.....	3
B. ALLGEMEINE BETRACHTUNG DES SPIELRECHTS	5
I. HISTORISCHE ENTWICKLUNG	5
1. <i>Das Spiel im Mittelalter</i>	6
2. <i>Das Spiel in der Neuzeit</i>	8
3. <i>Das Spiel in der Gegenwart</i>	11
4. <i>Der Glücksspielstaatsvertrag</i>	12
II. ZIELSETZUNG DES SPIELRECHTS	18
1. <i>Spiel(an)trieb</i>	18
2. <i>Pathologisches Spielverhalten („Spielsucht“)</i>	21
3. <i>Konfliktfeld zwischen fiskalischem Interesse und staatlichen Schutzpflichten?</i>	28
4. <i>Ergebnis</i>	42
C. BESONDERHEITEN VON ONLINE-GLÜCKSSPIELEN GEGENÜBER KLASSISCHEN GLÜCKSSPIELEN – SUCHTGEFAHREN	44
I. EREIGNISFREQUENZ.....	45
II. VERFÜGBARKEIT	46
III. ANONYMITÄT/FEHLENDE SOZIALE KONTROLLE.....	47
IV. INTERAKTIVITÄT UND KOMPLEXITÄT.....	49
V. ART DES ZAHLUNGSMITTELS.....	50
VI. SENSORISCHE PRODUKTGESTALTUNG.....	50
VII. WEITERE FAKTOREN	51
D. DER BEGRIFF DES GLÜCKSSPIELS	52
I. ABGRENZUNG ZUM GESCHICKLICHKEITSSPIEL.....	52
1. <i>Objektiver und subjektiver Zufall</i>	53
2. <i>Maßgeblicher Personenkreis</i>	56
3. <i>Bestimmung des „Überwiegens“</i>	69
II. ABGRENZUNG ZUM UNTERHALTUNGSSPIEL	75
1. <i>Strafrechtlicher Glücksspielbegriff</i>	77
2. <i>Eigener ordnungsrechtlicher Glücksspielbegriff</i>	85
3. <i>Entscheidung des Meinungsstreits</i>	87
E. VERSCHIEDENE RECHTSGRUNDLAGEN	105
I. EINFLÜSSE DES UNIONSRECHTS.....	105
1. <i>Der Begriff der Kohärenz</i>	106
2. <i>Dogmatische Verortung der Kohärenz</i>	109

3.	<i>Die wichtigsten Entscheidungen des EuGH zur Kohärenz im Zusammenhang mit Online-Glücksspielen</i>	110
II.	BUNDESRECHTLICHE REGELUNGEN	121
1.	<i>Straftatbestände</i>	121
2.	<i>Gewerberecht</i>	123
3.	<i>Rennwett- und Lotteriegesetz</i>	125
III.	LANDESRECHTLICHE REGELUNGEN – DER GLÜCKSSPIELSTAATSVERTRAG	125
1.	<i>Befreiung vom Verbot des Internetvertriebs</i>	127
2.	<i>Werbung</i>	132
3.	<i>Sportwetten</i>	135
4.	<i>Lotterien</i>	140
5.	<i>Zusammenfassung</i>	143
F.	ABGRENZUNG DES GLÜCKSSPIELS VON WEITEREN „SPIELARTEN“	145
I.	ABGRENZUNG ZUR WETTE	145
II.	ABGRENZUNG ZU LOTTERIE UND AUSSPIELUNG	149
III.	ABGRENZUNG ZUR BERECHTIGTEN WIRTSCHAFTLICHEN INTERESSEN DIENENDEN VEREINBARUNG UND ZU KAPITALMARKTPRODUKTEN	151
1.	<i>Finanzderivate und Spekulationsinvestitionen als unerlaubtes Glücksspiel</i>	152
2.	<i>Mögliche Konsequenzen der getätigten Überlegungen</i>	169
G.	RECHTLICHE BEHANDLUNG DER VORHANDENEN INTERNETSPIELVARIANTEN UNTER DEM GELTENDEN RECHT.	175
I.	VORFRAGE: ANWENDBARES RECHT	176
1.	<i>Anwendbarkeit deutschen Strafrechtes</i>	177
2.	<i>Anwendbarkeit deutschen Gewerberechtes</i>	182
3.	<i>Anwendbarkeit des GlüStV</i>	186
II.	KLASSISCHE CASINOSPIELE IM INTERNET	186
1.	<i>Darstellung der Funktionsweise</i>	187
2.	<i>Rechtliche Behandlung</i>	192
3.	<i>Fazit</i>	205
III.	GEWINNSPIELE	207
1.	<i>Darstellung der Funktionsweise</i>	207
2.	<i>Rechtliche Behandlung</i>	209
3.	<i>Fazit</i>	233
IV.	FANTASY SPORTS/MANAGERSPIELE	235
1.	<i>Darstellung der Funktionsweise</i>	235
2.	<i>Rechtliche Behandlung am Beispiel des „BILD Supermanagers“</i>	239
3.	<i>Fazit</i>	255
H.	REFORMVORSCHLÄGE	260
I.	KOHÄRENZ ALS LEITGEDANKE EINER GLÜCKSSPIELREFORM	260
II.	ERFORDERNIS EINER BUNDESEINHEITLICHEN REGELUNG	265
1.	<i>Verfassungsrechtlicher Rahmen</i>	265
2.	<i>Europarechtlich bedingte Erforderlichkeit</i>	276

III.	INHALTLICHE REFORMVORSCHLÄGE	279
1.	<i>Erfordernis der Abkehr von der bestehenden Unterteilung?</i>	279
2.	<i>Anwendungsvorschläge innerhalb des bestehenden Systems</i>	284
I.	ZUSAMMENFASSUNG DER THESEN UND ERGEBNISSE.....	290
	LEBENSLAUF	A
	SELBSTSTÄNDIGKEITSERKLÄRUNG	C

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS	X
A. EINLEITUNG UND GANG DER DARSTELLUNG	1
I. PROBLEMBESCHREIBUNG	1
II. GANG DER DARSTELLUNG	3
B. ALLGEMEINE BETRACHTUNG DES SPIELRECHTS	5
I. HISTORISCHE ENTWICKLUNG	5
1. <i>Das Spiel im Mittelalter</i>	6
2. <i>Das Spiel in der Neuzeit</i>	8
3. <i>Das Spiel in der Gegenwart</i>	11
4. <i>Der Glücksspielstaatsvertrag</i>	12
II. ZIELSETZUNG DES SPIELRECHTS	18
1. <i>Spiel(an)trieb</i>	18
2. <i>Pathologisches Spielverhalten („Spielsucht“)</i>	21
a) Terminologie	22
b) Phänomen	23
c) Klassifizierung	25
d) Rechtliche Relevanz	26
3. <i>Konfliktfeld zwischen fiskalischem Interesse und staatlichen Schutzpflichten?</i>	28
a) Fiskalische Interessen	28
aa) Abbildung 1: Umsätze auf dem regulierten deutschen Glücksspiel-Markt (in Mio. Euro)	29
bb) Abbildung 2: Verteilung des Gesamtumsatzes der Glücksspiel-Anbieter nach Spielform	30
cc) Abbildung 3: Öffentliche Einnahmen aus Glücksspielen	30
b) Staatliche Schutzpflichten	31
c) Konfliktfeld am Beispiel von Glücksspielstaatsvertrag und strafrechtlichen Normen	32
aa) Zielsetzung des GlüStV	32
bb) Strafrechtlicher Schutz weiterer Rechtsgüter	34
(1) Das Vermögen	36
(2) Die Staatsfinanzen	37
(3) Staatliche Kontrolle	38
(4) Gefahr der Beschaffungs-, Begleit- und Folgekriminalität	39
(5) Gefahr von Manipulation	41
4. <i>Ergebnis</i>	42
C. BESONDERHEITEN VON ONLINE-GLÜCKSSPIELEN GEGENÜBER KLASSISCHEN GLÜCKSSPIELEN – SUCHTGEFAHREN	44
I. EREIGNISFREQUENZ	45
II. VERFÜGBARKEIT	46
III. ANONYMITÄT/FEHLENDE SOZIALE KONTROLLE	47
IV. INTERAKTIVITÄT UND KOMPLEXITÄT	49
V. ART DES ZAHLUNGSMITTELS	50
VI. SENSORISCHE PRODUKTGESTALTUNG	50

VII. WEITERE FAKTOREN	51
D. DER BEGRIFF DES GLÜCKSSPIELS	52
I. ABGRENZUNG ZUM GESCHICKLICHKEITSSPIEL.....	52
1. <i>Objektiver und subjektiver Zufall</i>	53
2. <i>Maßgeblicher Personenkreis</i>	56
a) Erforderlichkeit des Anknüpfens an den Durchschnittsspieler	57
b) Ermittlung dieses Durchschnittsspielers	60
aa) Kein Wandel der Rechtsprechung	60
bb) Nachteile des bisherigen Ansatzes	62
c) Eigener Ansatz	66
d) Zwischenfazit	68
3. <i>Bestimmung des „Überwiegens“</i>	69
a) Berechnungsansätze im Rahmen des gewerblichen Spielrechts	70
b) Zwischenfazit	72
II. ABGRENZUNG ZUM UNTERHALTUNGSSPIEL	75
1. <i>Strafrechtlicher Glücksspielbegriff</i>	77
a) Die „Goldkreis“-Entscheidung – Das Unmittelbarkeitskriterium des BGH.....	78
b) Bisherige Interpretation der „Goldkreis“-Entscheidung	79
c) Am Schutzzweck orientierte Interpretation des Unmittelbarkeitskriteriums	81
2. <i>Eigener ordnungsrechtlicher Glücksspielbegriff</i>	85
3. <i>Entscheidung des Meinungsstreits</i>	87
a) Wortlaut.....	88
b) Systematik.....	90
c) Entstehungsgeschichte	94
d) Gesetzeszweck	99
e) Rechtsprechung	101
f) Zwischenfazit	102
E. VERSCHIEDENE RECHTSGRUNDLAGEN	105
I. EINFLÜSSE DES UNIONSRECHTS.....	105
1. <i>Der Begriff der Kohärenz</i>	106
2. <i>Dogmatische Verortung der Kohärenz</i>	109
3. <i>Die wichtigsten Entscheidungen des EuGH zur Kohärenz im Zusammenhang mit Online-Glücksspielen</i>	110
a) Die Gambelli-Entscheidung.....	110
b) Die Carmen-Media-/Stoß-/Winner-Wetten-Entscheidungen	113
c) Die Digibet-Entscheidung.....	116
d) Zusammenfassung	119
II. BUNDESRECHTLICHE REGELUNGEN	121
1. <i>Straftatbestände</i>	121
2. <i>Gewerberecht</i>	123
3. <i>Rennwett- und Lotteriegesetz</i>	125
III. LANDESRECHTLICHE REGELUNGEN – DER GLÜCKSSPIELSTAATSVERTRAG	125
1. <i>Befreiung vom Verbot des Internetvertriebs</i>	127

a)	Ausschluss minderjähriger und gesperrter Spieler (§ 4 Abs. 5 Nr. 1 GlüStV)	128
b)	Begrenzung des Einsatzes (§ 4 Abs. 5 Nr. 2 GlüStV)	130
c)	Ausschluss von Suchtanreizen (§ 4 Abs. 5 Nr. 3 GlüStV)	132
2.	<i>Werbung</i>	132
3.	<i>Sportwetten</i>	135
a)	Anwendungsbereich	136
b)	Zulässige Wettmodalitäten	137
c)	Trennungsgebot	140
d)	Live-Wetten-Restriktionen	140
4.	<i>Lotterien</i>	140
5.	<i>Zusammenfassung</i>	143
F.	ABGRENZUNG DES GLÜCKSSPIELS VON WEITEREN „SPIELARTEN“	145
I.	ABGRENZUNG ZUR WETTE	145
II.	ABGRENZUNG ZU LOTTERIE UND AUSSPIELUNG	149
III.	ABGRENZUNG ZUR BERECHTIGTEN WIRTSCHAFTLICHEN INTERESSEN DIENENDEN VEREINBARUNG UND ZU KAPITALMARKTPRODUKTEN	151
1.	<i>Finanzderivate und Spekulationsinvestitionen als unerlaubtes Glücksspiel</i>	152
a)	Derivate	153
aa)	Begriffsbestimmung	153
bb)	Zufallsabhängigkeit	155
cc)	Spielcharakter	158
b)	Sportbezogene Finanzprodukte	164
aa)	Spielcharakter und Zufallsabhängigkeit	164
bb)	Vorliegen eines Einsatzes	165
cc)	Rechtsprechung	168
2.	<i>Mögliche Konsequenzen der getätigten Überlegungen</i>	169
a)	Reichweite des § 37e WpHG	171
b)	Zwischenfazit	172
G.	RECHTLICHE BEHANDLUNG DER VORHANDENEN INTERNETSPIELVARIANTEN UNTER DEM GELTENDEN RECHT..	175
I.	VORFRAGE: ANWENDBARES RECHT	176
1.	<i>Anwendbarkeit deutschen Strafrechtes</i>	177
a)	Handlungsort	177
b)	Erfolgsort	180
aa)	Restriktive Ansicht	180
bb)	Extensive Ansicht	181
cc)	Vermittelnde Ansicht	182
2.	<i>Anwendbarkeit deutschen Gewerberechtes</i>	182
a)	Anwendbarkeit der GewO verneinende Ansicht	183
b)	Anwendbarkeit der GewO bejahende Ansicht	184
c)	Fazit	185
3.	<i>Anwendbarkeit des GlüStV</i>	186
II.	KLASSISCHE CASINOSPIELE IM INTERNET	186
1.	<i>Darstellung der Funktionsweise</i>	187

a)	Internet-Casinos.....	188
b)	Casinospiele	188
aa)	Roulette	189
bb)	Black Jack.....	191
cc)	Spielautomaten	192
2.	<i>Rechtliche Behandlung</i>	192
a)	Funktionsweise der Geolokalisation	194
b)	Technische Grenzen	195
c)	Rechtliche Grenzen	197
aa)	Anwendbare Datenschutzbestimmungen	197
bb)	Eigenschaft der IP-Adresse als personenbezogenes Datum	198
cc)	Zwischenfazit	200
(1)	§ 14 TMG	200
(2)	§ 15 TMG	202
(3)	Einwilligung	204
3.	<i>Fazit</i>	205
III.	GEWINNSPIELE	207
1.	<i>Darstellung der Funktionsweise</i>	207
2.	<i>Rechtliche Behandlung</i>	209
a)	Gesetzliche Voraussetzungen	210
aa)	Glücksspielcharakter der Gewinnspiele	210
(1)	Meinungsstreit über die Frage der Zufallsabhängigkeit	211
(2)	Entscheidung des Meinungsstreites	213
bb)	Voraussetzungen des RStV	214
(1)	Transparenzgebot und Teilnehmerschutz	214
(2)	Jugendschutz	217
(3)	Beschränkung der Höhe des Einsatzes – Problem der Mehrfachteilnahme.....	218
(4)	Zwischenfazit.....	222
cc)	Sonstige gesetzliche Bestimmungen.....	222
(1)	§ 263 StGB	222
(a)	Täuschung und Irrtum.....	223
(b)	Vermögensverfügung und Vermögensschaden	223
(2)	§ 33d GewO	225
b)	Untergesetzliche Voraussetzungen.....	226
(1)	Ermächtigung zum Erlass der Satzung	226
(2)	Ausgewählte Satzungsbestimmungen.....	228
(a)	Eigenständige Definition der Unentgeltlichkeit	228
(b)	Unterschiedliche Gefährlichkeit von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen	229
(c)	Weitere sowie rechtswidrige Satzungsbestimmungen	231
3.	<i>Fazit</i>	233
IV.	FANTASY SPORTS/MANAGERSPIELE.....	235
1.	<i>Darstellung der Funktionsweise</i>	235
a)	Entwicklung des Spiels	235
b)	Heutige Erscheinungsformen in Deutschland	238

2.	<i>Rechtliche Behandlung am Beispiel des „BILD Supermanagers“</i>	239
a)	Entgeltlichkeit	243
b)	Ausübung fehlerfreien Ermessens hinsichtlich der Entgeltlichkeit	248
c)	Zufallsabhängigkeit	252
3.	<i>Fazit</i>	255
H.	REFORMVORSCHLÄGE	260
I.	KOHÄRENZ ALS LEITGEDANKE EINER GLÜCKSSPIELREFORM	260
II.	ERFORDERNIS EINER BUNDESEINHEITLICHEN REGELUNG	265
1.	<i>Verfassungsrechtlicher Rahmen</i>	265
a)	Spielhallen	267
b)	Spielbanken	270
c)	Lotterien	273
d)	Übrige Glücksspielmaterie	274
2.	<i>Europarechtlich bedingte Erforderlichkeit</i>	276
III.	INHALTLICHE REFORMVORSCHLÄGE	279
1.	<i>Erfordernis der Abkehr von der bestehenden Unterteilung?</i>	279
2.	<i>Anwendungsvorschläge innerhalb des bestehenden Systems</i>	284
a)	Einheitlicher Glücksspielbegriff und anderes Verständnis des vom BGH entwickelten Unmittelbarkeitskriteriums	284
b)	„Gegenseitige Erreichbarkeit“ als Grundlage der Bestimmung der Durchschnittsfähigkeiten	286
c)	Beachtung von Spielsequenzen zur Verhinderung der Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorganges	287
I.	ZUSAMMENFASSUNG DER THESEN UND ERGEBNISSE	290
	LEBENS LAUF	A
	SELBSTSTÄNDIGKEITSERKLÄRUNG	C

Literaturverzeichnis

- Adams, Michael /
Fiedler, Ingo: Zur Notwendigkeit des Verbots von Internet-Glücksspielen, ZfWG 2008,
232-235
- Ahlhaus, Martin /
Schmidt, Nora: Die Anwendung des Glücksspielstaatsvertrags – Ein Überblick über die
verwaltungsgerichtliche Praxis, MMR 2014, 443-449
- Alberti, Gisela /
Kellermann, Bert
(Hrsg.): Psychosoziale Aspekte der Glücksspielsucht, Geesthacht 1999
- Alexander, Chris-
tian: Fachliche Sorgfalt und Gewinnspielwerbung gegenüber Kindern, WRP
2014, 1010-1016
- Arendts, Martin: Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 12.06.2014 – C-156/13 Digibet und Al-
bers, MMR 2014, 556-557
- Arzt, Gunther /
Weber, Ulrich /
Heinrich, Bernd /
Hilgendorf, Eric: Strafrecht, Besonderer Teil, Lehrbuch, 3. Aufl., Bielefeld 2015
- Assmann, Heinz-
Dieter / Schnei-
der, Uwe H.
(Hrsg.): Wertpapierhandelsgesetz Kommentar, 6. Aufl., München 2012
- Bahr, Martin: Glücks- und Gewinnspielrecht, Eine Einführung in die wichtigsten rechtli-
chen Aspekte, 2. Aufl., Berlin 2007
- Bahr, Martin: 0190-Nummern und Gewinnspiele – ein Verstoß gegen § 1 UWG?, WRP
2002, 501-506

Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert (Hrsg.):	Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch BGB, 39. Edition, München, Stand: 01.05.2016
Bareis, Peter / Kahle, Holger:	Besteuerung von Glücksspielen, in: Becker, Tilman / Baumann, Christine (Hrsg.), Glücksspiel im Umbruch – Beiträge zum Symposium 2006 der Forschungsstelle Glücksspiel, Frankfurt am Main 2007, 37-62
Barton, Dirk-Mi- chael / Gercke, Björn / Janssen, Gerhard:	Die Veranstaltung von Glücksspielen durch ausländische Anbieter per In- ternet unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, wistra 2004, 321-326
Becker, Moritz / Ulbrich, Martin / Voß, Johannes:	Tele-Gewinnspiele im "Hot-Button-Verfahren": Betrug durch Moderato- ren?, MMR 2007, 149-155
Becker, Tilman / Beutel, Manfred / u.a.:	Mess- und Bewertungsinstrumente zur Feststellung des Gefährdungspo- tentials von Glücksspielprodukten, ZfWG 2008, 1-11
Behrens, Ste- phan:	Vermögensstraftaten bei Sportwetten und Pferderennen, unter besonde- rer Berücksichtigung einer Betrugsstrafbarkeit nach den §§ 263, 263a StGB, Dissertation Universität Würzburg 1993
Belz, Axel:	Das Glücksspiel im Strafrecht, Marburg 1993
Benert, Miriam / Reeckmann, Martin:	Der Diskussionsstand zum Glücksspielbegriff im bundesdeutschen Recht, ZfWG 2013, 23-31
Berberich, Bernd:	Das Internet-Glücksspiel – Ein Beitrag zur systematischen Fortentwick- lung des deutschen Glücksspielrechts, Berlin 2004

Berg, Wilfried:	Verbot und Erlaubnismöglichkeit für Glücksspiele in geschlossenen Gesellschaften, GewArch 1976, 249-252
Bergt, Matthias:	Die Bestimmbarkeit als Grundproblem des Datenschutzrechts – Überblick über den Theorienstreit und Lösungsvorschlag, ZD 2015, 365-371
Blaue, Andreas:	Der Glücksspielstaatsvertrag und dessen Evaluierung aus Sicht des privaten Rundfunks, ZUM 2011, 119-128
Boesche, Katharina:	Drum kopple, was sich (nicht) ewig bindet, WRP 2011, 1345-1357
Bolay, Stefan:	(Wieder-)Vereinigung des Glücksspielbegriffs – Anmerkung zu BVerwG Urteil vom 16.10.2013 – 8 C 21.12, ZfWG 2014, 90-92
Bolay, Stefan:	Internet-Geschicklichkeitsspiele – Zulassungsfrei, durch den RStV beschränkt oder nach der GewO genehmigungspflichtig?, ZfWG 2010, 88-93
Bolay, Stefan:	Mehrwertgebührenpflichtige Telefon- und SMS-Gewinnspiele, Eine rechtliche Einordnung am Beispiel aktueller Erscheinungsformen des Rundfunks, Karlsruhe 2008
Bolay, Stefan:	Glücksspiel, Glücksspiel oder doch Gewinnspiel? – Einheitlichkeit zwischen straf- und glücksspielstaatsvertraglichem Gewinnspielbegriff, MMR 2009, 669–673
Boswell, Jon:	Fantasy Sports: A game of skill that is implicitly legal under state law, and now explicitly legal under federal law, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 2008, 1257-1278
Brandl, Harald:	Spielleidenschaft und Strafrecht, Eine Betrachtung zu den Glücksspieltatbeständen der §§ 284 ff. StGB, Frankfurt am Main 2003

Brandt, Sven:	Kreditderivate – Zentrale Aspekte innovativer Kapitalmarktprodukte, BKR 2002, 243-254
Brock, Oliver:	Online-Sportwetten im neuen (Glücks-) Spielrecht – Die geplanten Neuregelungen auf dem Prüfstand des Unionsrechts, CR 2011, 517-525
Brown, Stuart / Vaughan, Christopher C.:	Play, How it shapes the brain, opens the imagination, and invigorates the soul, New York 2010
Brugger, Christina:	Die Erlaubnispflichtigkeit von Glücksspielen nach dem neuen Staatsvertrag, ZfWG 2008, 20-25
Brüning, Christoph:	Möglichkeiten einer unionsrechtlichen Regulierung des Glücksspiels im europäischen Binnenmarkt, NVwZ 2013, 23-29
Caesar, Rolf:	Einige finanzwissenschaftliche Aspekte des Glücksspiels, in: Becker, Tilman / Baumann, Christine (Hrsg.), Glücksspiel im Umbruch – Beiträge zum Symposium 2006 der Forschungsstelle Glücksspiel, Frankfurt am Main 2007, 25-36
Callies, Christian / Ruffert, Matthias (Hrsg.):	EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Aufl., München 2011
Carrara, Dieter:	Zufälligkeit, Spielsysteme und Komplexität, Eine Explikation des Zufallsbegriffs mit formalen Konzepten aus Spieltheorie und Komplexitätstheorie, Aachen 2002
Casper, Matthias:	Der Optionsvertrag, Tübingen 2005
Ciszewski, Simon:	Glücksspielregulierung aus nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Sicht, Dissertation Universität Bonn 2009

Clouth, Peter:	Rechtsfragen der außerbörslichen Finanz-Derivate. Produktstrukturen und Verlustrisiken – Beratung und Information durch Kreditinstitute, München 2001
Cornils, Karin:	Der Begehungsort von Äußerungsdelikten im Internet, JZ 1999, 394-398
Dahs, Hans / Dierlamm, Alfred:	Unterhaltungsautomaten ohne Gewinnmöglichkeit mit Ausgabe von Weiterspielmarken – unerlaubtes Glücksspiel?, GewArch 1996, 272–277
Dannecker, Gerhard / Pfaf- fendorf, Rüdiger:	Die Gesetzgebungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, NZWiSt 2012, 252-258
Dauner-Lieb, Barbara / Lan- gen, Werner (Hrsg.):	Nomos Kommentar zum BGB, Schuldrecht, Band 2, 3. Aufl., Baden-Baden 2016
Dederer, Hans- Georg:	Stürzt das deutsche Sportwettenmonopol über das Bwin-Urteil des EuGH?, NJW 2010, 198-200
Degenhart, Chris- toph:	Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 31. Aufl., Heidelberg u.a. 2015
Degenhart, Chris- toph:	Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzzuordnung des Grundgesetzes, Baden-Baden 2014
Demmel, Ralf:	Internet Addiction – warum macht Onlinehalma nicht süchtig?, Sucht 2011, 7-8
Dickersbach, Alf- red:	Probleme des gewerblichen Spielrechts, WiVerw 1985, 23-45

Dickersbach, Alfred:	Der Geschicklichkeitsautomat als Problem des gewerblichen Spielrechts, GewArch 1998, 265-272
Diegmann, Heinz:	Rechtliche und rechtspolitische Fragen zur Spielsucht, ZRP 2007, 126-130
Dietlein, Johannes / Hecker, Manfred / Ruttig, Markus (Hrsg.):	Glücksspielrecht, 2. Aufl., München 2013
Doehring, Karl:	Die Gesunderhaltung des Menschen im Spannungsverhältnis zwischen Staatsfürsorge und Individualentscheidung, in: Fürst, Walter / Herzog, Roman / Umbach, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, Berlin 1987, 1553-1565
Dölling, Dieter / Duttge, Gunnar / Rössner, Dieter (Hrsg.):	Gesamtes Strafrecht, StGB, StPO, Nebengesetze; Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013
Dörr, Dieter / Janich, Steffen:	Zur Vereinbarkeit eines grundsätzlichen Verbots der Internetvermittlung von Lotterien mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot vor dem Hintergrund einer abweichenden Regelung durch Schleswig-Holstein, K&R 2012 Beihefter 1, 1-26
Edelman, Marc:	A Short Treatise on Fantasy Sports and the Law: How America Regulates its New National Pastime, Harvard Journal on Sports & Entertainment Law (Volume 3 Number 1, Winter 2012), 1-54
Eichmann, Daniel / Sörup, Thorsten:	Das Telefongewinnspiel – Zwischen Strafbarkeit und Wettbewerbsverstoß, MMR 2002, 142-146
Engels, Stefan:	Glücksspielstaatsvertrag 2008, WRP 2008, 470-478

Engisch, Karl:	Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
Ennuschat, Jörg:	Glücksspielrechtliche Kohärenz und Werbung, ZfWG 2011, 153-161
Ennuschat, Jörg:	Zur Unterscheidung der Glücksspiele von Geschicklichkeitsspielen, in: Ennuschat, Jörg / Geerlings, Jörg / Mann, Thomas / Pielow, Johann-Christian (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger, Köln u.a. 2007, 41-55
Epping, Volker / Hillgruber, Christian (Hrsg.):	Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 28. Edition, München, Stand: 01.03.2016
Erbguth, Wilfried:	Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozess- und Staatshaftungsrecht, 8. Aufl., Baden-Baden 2016
Ernst, Stefan:	Telefonrechnungen mit 0137-9-Verbindungen aus TV-Sendungen, MMR 2005, 735-742
Ernst, Stefan:	Das TV-Zuschauerquiz im BGB zwischen Auslobung und Spiel, NJW 2006, 186-188
Feldmann, Moritz:	Die Strafbarkeit privater Sportwettenanbieter gemäß § 284 StGB, Berlin 2010
Fiedler, Ingo:	Das Gefährdungspotential von Glücks- und Geschicklichkeitsspielen: Soziale Kosten und rechtspolitische Empfehlungen, 2.Aufl., Norderstedt 2008
Fischer, Thomas:	Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 63. Aufl., München 2016
Fleischer, Klaus:	Finanzwetten – exotische Derivate-Produkte und Wettbörsen, ZKredW 2005, 250-252

Frenz, Walter:	Kohärente und systematische nationale Normgebung – nicht nur im Glücksspielrecht, EuR 2012, 344-354
Fuchs, Bärbel:	Sitzung des Bund-Länder-Ausschusses „Gewerberecht“, GewArch 1998, 60-64
Füllkrug, Michael:	Verbotenes Glück, Kriminalistische Probleme bei der Bekämpfung des unerlaubten Glücksspiels, Kriminalistik 1990, 101-105
Gabriel, Ulrich / Barth, Stefanie:	Rechtsprobleme bei Gewinnspielen mit Mehrwertdiensten, VuR 2006, 301-304
Gebhardt, Ihno / Grüsser-Sinopoli, Sabine (Hrsg.):	Glücksspiel in Deutschland, Ökonomie, Recht, Sucht, Berlin 2009
Gebhardt, Ihno / Postel, Dirk:	Der weite Weg zur Kohärenz – Erste Anmerkungen zum neuen Glücksspielstaatsvertrag (Teil 1), ZfWG 2012, 1-12
Geppert, Martin / Schütz, Raimund (Hrsg.):	Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl., München 2013
Gersdorf, Hubertus / Paal, Boris (Hrsg.):	Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 12. Edition, München, Stand: 01.05.2016
Glöckner, Andreas / Towfigh, Emanuel:	Geschicktes Glücksspiel – Die Sportwette als Grenzfall des Glücksspielrechts, JZ 2010, 1027-1035

Gloy, Wolfgang (Begr.) / Loschelder, Michael / Erdmann, Willi (Hrsg.):	Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl., München 2010
Gola, Peter / Klug, Christoph / Körffer, Barbara:	BDSG Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 12. Aufl., München 2015 (zitiert: Gola/Schomerus)
Goldhammer, Klaus (Hrsg.):	Call-Media in Europa, Marktanalysen und rechtliche Rahmenbedingungen in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz, Berlin 2007
Goldhammer, Klaus / Lessig, Michael (Hrsg.):	Call-Media, Mehrwertdienste in TV und Hörfunk, München 2005
Götting, Horst- Peter / Norde- mann, Axel (Hrsg.):	UWG Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2013
Grabitz, Eberhard (Begr.) / Hilf, Meinhard / Net- tesheim, Martin (Hrsg.):	Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Loseblattsammlung, 58. Ergänzungslieferung, München, Stand: Januar 2016
Granderath, Pe- ter:	Strafbarkeit von Kettenbriefaktionen!, wistra 1988, 173-177
Gummer, An- dreas:	Gewinnspielaufsicht und Glücksspielrecht aus Sicht der Landesmedien- anstalten, ZUM 2011, 105-118

Hahn, Werner / Vesting, Thomas (Hrsg.):	Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl., München 2012
Hambach, Wulf / Münstermann, Susanna:	50-Cent-Gewinnspiele – Im TV erlaubt, im Internet verboten?, K&R 2009, 457-461
Hancock, Geoffrey:	Upstaging U.S. Gaming Law: The potential Fantasy Sports Quagmire and the reality of U.S. Gaming Law, Thomas Jefferson Law Review 2009, 317-349
Hansen, Britta:	Legitimation und Reichweite der Paragraphen 284 ff. StGB und Paragraph 16 II UWG, Glücksspiel und progressive Kundenwerbung, Aachen 2010
Haratsch, Andreas / König, Christian / Pechstein, Matthias:	Europarecht, 10. Aufl., Tübingen 2016
Härting, Niko:	Internetrecht, 5. Aufl., Köln 2014
Hartmann, Bernd / Pieroth, Bodo:	Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, Baden-Baden 2013
Hartmann, Bernd:	Kohärenz im Glücksspielrecht: vertikal – horizontal – intersektoral?, EuZW 2014, 814-820
Hartmann, Bernd:	Spielverbote in Spielbanken und Spielhallen, LKRZ 2013, 489-494

Hartstein, Reinhard / Ring, Wolf-Dieter / Kreile, Johannes / Dörr, Dieter / Stettner, Rupert / Cole, Mark (Hrsg.):	Rundfunkstaatsvertrag, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, Loseblattkommentar, 64. EGL, Heidelberg u.a., Stand: April 2016 (zitiert: Hartstein u.a.)
Hayer, Tobias / Meyer, Gerhard:	Das Suchtpotential von Sportwetten, Sucht 2003, 212-219
Hecker, Manfred / Ruttig, Markus:	"Versuchen Sie es noch einmal" – Telefon-Gewinnspiele im Rundfunk unter Einsatz von Mehrwertdienste-Rufnummern und ihre Beurteilung nach StGB und neuem UWG, GRUR 2005, 393-398
Hecker, Manfred / Steegmann, Matthias:	Zur Mithaftung von Kreditinstituten und sonstigen Teilnehmern am illegalen Glücksspiel, WRP 2006, 1293-1299
Heeg, Volker / Levermann, Thore:	Glücksspielregulierung in Deutschland vor der Marköffnung Lotto, Sportwetten und Gaming im Internet, MMR 2012, 20-24
Hefendehl, Roland:	Vermögensgefährdung und Exspektanzen, Berlin u.a. 1994
Heidrich, Joerg / Forgó, Nikolaus / Feldmann, Thors-ten (Hrsg.):	Heise Online-Recht: Der Leitfaden für Praktiker und Juristen, Hannover 2011
Heine, Günter:	Oddset-Wetten und § 284 StGB, wistra 2003, 441–447

- Heine, Günter: Zum Begriff des Glücksspiels aus europäischer Perspektive, in: Böse, Martin / Sternberg-Lieben, Detlev (Hrsg.), Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, 413-423
- Heinrich, Bernd: Zeigen des „Hitlergrußes“ bei Fußballspiel im Ausland, Anmerkung zu KG, Urteil vom 16. 03. 1999 – (5) 1 Ss 7/98 (8/98), NStZ 2000, 533-534
- Heintschel-Heinegg, Bernd von (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, 30. Edition, München, Stand: 01.03.2016
- Hemme, Lothar: Gesellschaftsspiele. Konstituierende Elemente von Spielen und ihre Chancen in der Gegenwart, in: Becker, Tilman / Baumann, Christine (Hrsg.), Gesellschafts- und Glücksspiel: Staatliche Regulierung und Suchtprävention – Beiträge zum Symposium 2005 der Forschungsstelle Glücksspiel, Frankfurt am Main 2006, 1-8
- Henssler, Martin: Risiko als Vertragsgegenstand, Tübingen 1994
- Herdegen, Matthias: Europarecht, 17. Aufl., München 2015
- Hilgendorf, Eric: Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet, NJW 1997, 1873-1878
- Hippel, Eike von: Zur Bekämpfung der Spielsucht, ZRP 2001, 558-561
- His, Rudolf: Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Band 2, Neudr., Aalen 1964
- Hobe, Stephan: Europarecht, 8. Aufl., München 2014
- Hoeller, Boris / Bodemann, Rüdiger: Das „Gambelli“-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen auf Deutschland, NJW 2004, 122-125

Hoeren, Thomas / Sieber, Ulrich / Holznagel, Bernd (Hrsg.):	Handbuch Multimedia-Recht – Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Loseblattsammlung, 42. Ergänzungslieferung, München, Stand: Juni 2015
Hoeren, Thomas:	Geolokalisation und Glücksspielrecht, ZfWG 2008, 229-232 und 311-315
Hofmann, Mark Jens / Mosbacher, Andreas:	Finanzprodukte für den Fußballfan: strafbares Glücksspiel?, NStZ 2006, 249-252
Holznagel, Bernd / Ricke, Thorsten:	Die Aufsicht im Internet – Wer hat noch nicht, wer will noch mal?, MMR 2008, 18-22
Holznagel, Bernd:	Poker – Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel?, MMR 2008, 439-444
Hömig, Dieter / Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.):	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, 11. Aufl., Baden-Baden 2016
Hufen, Friedhelm:	Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, Verfassungsrechtliche Maßstäbe und Grenzen, Baden-Baden 2012
Hufen, Friedhelm:	Selbst Denken – Ein Grundprinzip für Staat und Studium, JuS 2013, 1-7
Huizinga, Johan:	Homo ludens – vom Ursprung der Kultur im Spiel, 23. Aufl., Reinbek 2004
Hull, John C.:	Optionen, Futures und andere Derivate, 9. Aufl., Hallbergmoos 2016
Hund, Horst:	Beteiligung verdeckter Ermittler am unerlaubten Glücksspiel, NStZ 1993, 571-572.

Hüsken, Felix:	Die verwaltungsrechtliche Zulässigkeit von Gewinnspielen im Internet, GewArch 2010, 336-343.
Hüsken, Felix:	Das Verhältnis zwischen glücksspielstaatsvertraglichem Glücksspielbegriff gemäß § 3 Abs. 1 GlüStV und rundfunkstaatsvertraglichem Gewinnspielbegriff gemäß § 8a Abs. 1 RStV – Echte Konkurrenz oder kollisionsloser Gleichlauf?, ZfWG 2009, 153-162
Hüsken, Felix:	Zur Zulässigkeit von Turnierpokerveranstaltungen nach dem Glücksspielstaatsvertrag und dem gewerblichen Spielrecht, ZfWG 2009, 77-80
Ibler, Martin:	Gefahrenabwehr und Internet-Spielcasinos, in: Hendler, Reinhardt / Ibler, Martin / Soria, José Martínez (Hrsg.), Festschrift für Volkmart Götz zum 70. Geburtstag, Göttingen 2005, 421-436
Ipsen, Jörn:	Staatsrecht II – Grundrechte, 18. Aufl., München 2015
Jäger, Georg / Meuschke, Ina / Hartlieb, Jan:	Aufklärungspflicht über den anfänglichen negativen Marktwert bei anderen Finanzinstrumenten als Swaps?, BKR 2013, 456-463
Janz, Norbert:	Rechtsfragen der Vermittlung von Oddset-Wetten in Deutschland, NJW 2003, 1694-1701
Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo:	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 14. Aufl., München 2016
Jarass, Hans D.:	Allgemeine Probleme der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, NVwZ 2000, 1089-1096
Jeßberger, Florian:	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.12.2000 – 1StR 184/00, JR 2001, 432-435

Johnston, Nantje:	Lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche im Glücksspielrecht, Dissertation Universität Heidelberg 2009
Kaiser, Peter M.:	Die Lösung des Einstein-Kausalitätsproblems: Das AHK Theorem, abrufbar im Internet: < http://www.max-stirner-archiv-leipzig.de/dokumente/Kaiser-Einstein.pdf > (Stand: 13.06.2016)
Kämmerer, Jörn Axel:	Interprofessionelle Zusammenarbeit und europarechtliche Kohärenz, DStR-Beih 2015, 33-43
Kellermann, Bert:	Glücksspielsucht und Beschaffungsdelinquenz, StV 2005, 287-295
Kelly, Josphe M. / Dhar, Zeeshan / Verbiest, Thibault:	Poker and the Law: Is It a Game of Skill or Chance and Legally Does It Matter?, Gaming Law Review 2007, Vol. 11, Nr. 3, 190-202
Kessler, Oliver / Heda, Klaudius:	Wahrnehmung von Chancen als Glücksspiel? – Strukturierte Kapitalmarktprodukte mit „Sportkomponente“, WM 2004, 1812-1820
Kilian, Matthias:	Das Fremdbeteiligungsverbot im Spannungsfeld von Berufs-, Gesellschafts- und Unionsrecht, AnwBl 2014, 111-117
Kilian, Wolfgang / Heussen, Benno (Hrsg.):	Computerrechtshandbuch, Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, Loseblattsammlung, 32. Ergänzungslieferung, München, Stand: August 2013
Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans- Ullrich (Hrsg.):	Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Baden-Baden 2013 (zitiert: NK)
Kindhäuser, Urs:	Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, 8. Aufl., Baden-Baden 2014

Klam, Cornelia:	Die rechtliche Problematik von Glücksspielen im Internet, Berlin 2002
Kleinschmidt, Broder:	Gewinnspiele in Deutschland und der Europäischen Union: Rechtliche Grenzen und Möglichkeiten, Hamburg 2005
Kleinschmidt, Broder:	Interaktive Gewinnspielshows im TV – Eine illegale Glücksspielveranstaltung?, MMR 2004, 654-658
Klengel, Jürgen / Heckler, Andreas:	Geltung des deutschen Strafrechts für vom Ausland aus im Internet angebotenes Glücksspiel, CR 2001, 243-249
Klenk, Friedrich:	Der Lotteriebegriff in straf- und steuerrechtlicher Sicht, GA 1976, 361-367
Koenig, Christian / Ciszewski, Simon:	Sieg oder Niederlage für das Glücksspielmonopol nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages?, WiVerw 2008, 103-114
Koenig, Christian:	Stellungnahme zum Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 7. Mai 2015 – I ZR 171/10 (Digibet II): Keine Entscheidung des BGH zu Sportwetten und Casinospielen im Internet nach dem Glücksspielstaatsvertrag, abrufbar im Internet: < http://www.isa-guide.de/isa-law/articles/128929.html > (Stand: 13.06.2016)
Köhler, Christian:	Die Zulässigkeit derivativer Finanzinstrumente in Unternehmen, Banken und Kommunen: Eine ökonomische und rechtliche Analyse, Tübingen 2012
Köhler, Helmut / Bornkamm, Joachim (Hrsg.):	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG, 34. Aufl., München 2016

Köhler, Tamara Ann:	Bericht des Workshops „Der Zufall – wissenschaftlich betrachtet“ vom 24./25. Mai 2012, abrufbar im Internet: < http://www.uni-muenster.de/Wissenschaftstheorie/veranstaltungen/der_zufall-wissenschaftlich_betrachtet.html > (Stand: 13.06.2016)
Kornblum, Udo:	Die verflixte schwebende Jungfrau, JuS 1981, 801-805
Korte, Stefan:	Das staatliche Glücksspielwesen: Privatisierung staatlicher Monopole am Beispiel des Lotterie-, Sportwett- und Spielbanksektors, Köln 2004
Kretschmer, Bernhard:	Poker – Ein Glücksspiel?, ZfWG 2007, 93-101
Krey, Volker / Es- ser, Robert:	Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Stuttgart 2016
Kriegsmann, Ni- kolaus Hermann:	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Berlin 1907
Krüger, Stefan / Maucher, Svenja- Ariane:	Ist die IP-Adresse wirklich ein personenbezogenes Datum? Ein falscher Trend mit großen Auswirkungen auf die Praxis, MMR 2011, 433-439
Kruis, Tobias:	Verwaltungsakzessorietät und Einheit der Rechtsordnung, NVwZ 2012, 797-801
Kudlich, Hans:	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.12.2000 – 1 StR 184/00 (LG Mannheim), StV 2001, 397-399
Kühne, Hans- Heiner:	Einige Bemerkungen zu Fragen des Glücksspiels bei Sportwetten, in: Hoyer, Andreas / Müller, Henning / Pawlik, Michael / Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006, 545-554

Kulms, Katrin:	Der Effektivitätsgrundsatz, Baden-Baden 2013
Kummer, Heinz:	Das Recht der Glücksspiele und der Unterhaltungsautomaten mit Gewinnmöglichkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg u.a. 1977
Kuner, Christopher:	Internationale Zuständigkeitskonflikte im Internet, CR 1996, 453-458
Lackner, Karl / Kühl, Kristian / Heger, Martin / u.a.:	Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2014 (zitiert: Lackner/Kühl)
Lampe, Ernst- Joachim:	Falsches Glück – Rezension der Entscheidung des BayObLG vom 12.2.1993 - 5 St RR 170/92, JuS 1994, 737-742
Lampe, Ernst- Joachim:	Strafrechtliche Probleme der "progressiven Kundenwerbung", GA 1977, 33-55
Lampe, Ernst- Joachim:	Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 29.09.1986 – 4 StR 148/86, JR 1987, 383-385
Lange, Richard:	Das Glücksspielrecht – Ein Stück steckengebliebener Strafrechtsreform, in: Jescheck, Hans-Heinrich / Lüttger, Hans (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, Berlin u.a. 1977, 573-586
Lange, Richard:	Ordnungswidrigkeiten als Vergehen, GA 1953, 3-14
Lauer, Alfons:	Staat und Spielbanken, Rechtsfragen des Staatshandelns in einem Spannungsfeld zwischen Erwerbswirtschaft und Gefahrenabwehr, Heidelberg 1993

Laukemann, Marc / Junker, Markus:	Neues Spiel, neues Glück? – Zur strafrechtlichen Zulässigkeit von Lotterien und Ausspielungen im Internet, AfP 2000, 254-357
Laustetter, Christian:	Grenzen des Glücksspielstrafrechts, Baden-Baden 2011
Lee, Erick S.:	Play Ball: Substituting Current Federal Non-Regulation of Fantasy Sports Leagues with Limited Supervision of Hyper-Competitive Leagues, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review 2008, 53-90
Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch:	Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Tiedemann, Klaus / Rissing-van Saan, Ruth (Hrsg.), Band 10, 12. Aufl., Berlin 2008
Lesch, Heiko:	Die Sportwette als Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB?, GewArch 2003, 321–325
Leupold, Andreas / Bachmann, Peter / Pelz, Christian:	Russisches Roulette im Internet? Zulässigkeit von Glücksspielen im Internet unter gewerbe- und strafrechtlichen Gesichtspunkten, MMR 2000, 648-655
Leupold, Andreas:	Vorlagefragen zur Vereinbarkeit der im GlüStV vorgesehenen Beschränkungen mit der Dienstleistungsfreiheit (Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 24.01.2013 – I ZR 171/10), GRUR-Prax 2013, 116
Liesching, Marc:	Anmerkung zu VG Berlin, Beschluss vom 17.08.2009, MMR 2009, 795-796
Liesching, Marc:	50-Cent-Games im Internet und im Rundfunk, straf- und ordnungswidrige Glücksspiele oder zulässige Medien-Gewinnspiele, ZfWG 2009, 320-324

Liesching, Marc:	Gewinnspiele in Rundfunk und Telemedien, Rechtsgutachten im Auftrag der Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) 2008, abrufbar im Internet: http://www.kjm-online.de/fileadmin/Download_KJM/Service/Gutachten/Gutachten_Gewinnspiele_April_2008.pdf (Stand: 13.06.2016)
Liesching, Marc:	Anmerkung zu LG Köln, Urteil vom 7.4.2009 – 33 O 45/09, MMR 2009, 485-487
Lippert, André:	Das Kohärenzerfordernis des EuGH, EuR 2012, 90-100
Liszt, Franz von:	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Auflage, Berlin 1894
Lober, Andreas / Neumüller, Carina:	Verkehrte Gewinnspielwelt? – Zulässigkeit von Geschicklichkeits- und Glücksspielen in Internet und Rundfunk, MMR 2010, 295-299
Lukes, Rudolf:	Rechtliche Schranken für Glücksspiel, Lotterien und Ausspielungen, in: Küper, Wilfried / Welp, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, 1013-1027
Manger-Nestler, Cornelia / Noack, Gregor:	Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, JuS 2013, 503-507
Mangoldt, Hermann von / Klein, Friedrich / Starck, Christian (Hrsg.):	Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Aufl., München 2010
Mann, Thomas:	Interprofessionelle Zusammenarbeit Freier Berufe im Lichte des verfassungsrechtlichen Kohärenzgebotes, DStR-BeiH 2015, 28-33
Martin, Jörg:	Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, Freiburg i. Br. 1989

Maurer, Hartmut:	Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Aufl., München 2010
Mayer, Christian / Schulte-Braucks, Valentina:	Anmerkung zur EuGH-Vorlage zur Neuregelung des Glücksspielrechts – Digibet (BGH, Beschluss vom 24.01.2013 – I ZR 171/10), GRUR 2013, 530-531
Meyer, Christian / Rumpf, Hans-Jürgen / u.a.:	Pathologisches Glücksspielen und Epidemiologie (PAGE): Entstehung, Komorbidität, Remission und Behandlung – Endbericht, Greifswald und Lübeck, 29.03.2011, abrufbar im Internet: < http://www.jogoremoto.pt/docs/extra/FooxpP.pdf > (Stand: 13.06.2016)
Meyer, Gerhard / Bachmann, Meinolf:	Spielsucht – Ursachen, Therapie und Prävention von glücksspielbezogenem Suchtverhalten, 3. Aufl., Berlin u.a. 2011
Meyer, Gerhard:	Glücksspiel – Zahlen und Fakten, in: Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e.V. (Hrsg.), Jahrbuch Sucht 2016, Lengerich 2016, 126-144
Meyer, Gerhard:	Im Wertpapier-Fieber: Von Zocker- und Suchtverhalten bei Börsenspekulanten, Suchtreport 2000, 29-36
Meyer, Gerhard:	Eins zum anderen, Abhängigkeit vom Glücksspiel und delinquentes Verhalten, Kriminalistik 1986, 212-216
Meyer, Gerhard:	Unterbringung bei Spielsucht, ZRP 2013, 140-143
Meyerdierks, Per:	Sind IP-Adressen personenbezogene Daten?, MMR 2009, 8-13
Mintas, Laila:	Die Strafbarkeit bei Hausverlosungen im Internet, ZfWG 2009, 82-88
Mintas, Laila:	Glücksspiele im Internet: Insbesondere Sportwetten mit festen Gewinnquoten (Oddset-Wetten) unter strafrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und europarechtlichen Gesichtspunkten, Berlin 2009

Mülbert, Peter / Böhmer, Jörg:	Ereignisbezogene Finanzprodukte, WM 2006, 937-951 und 985-998
Münch, Ingo von / Mager, Ute:	Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der europarechtlichen Bezüge, 8. Aufl., Stuttgart 2016
Münch, Ingo von:	Grundrechtsschutz gegen sich selbst?, in: Stödter, Rolf / Thieme, Werner (Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen 1977, 113-128
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:	Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.), Band 1, 7. Aufl., München 2015; Band 5, 6. Aufl., München 2013 (zitiert: MüKo BGB)
Münchener Kommentar zum Strafbuch:	Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hrsg.), Band 1, 2. Aufl., München 2011; Band 5, 2. Aufl., München 2014 (zitiert: MüKo)
Nink, Judith / Pohle, Jan:	Die Bestimmbarkeit des Personenbezugs – Von der IP-Adresse zum Anwendungsbereich der Datenschutzgesetze, MMR 2015, 563-567
Noltenius, Bettina:	Quizsendungen von "Neun Live" und der Tatbestand des Betruges, wistra 2008, 285-291
Oberhäuser, Thomas:	„Dänemark-Ehen“ – Unionsrecht und Inländerdiskriminierung, NVwZ 2012, 25-29
Odenthal, Hans-Jörg:	Anmerkung zum Urteil des LG Bochum vom 26.2.2002 – 22 KLS 10 Js 121/01 I 49/01, NStZ 2002, 482-484
Odenthal, Hans-Jörg:	Zur Reform des gewerblichen Spielrechts, GewArch 2001, 276-281

Odenthal, Hans-Jörg:	Virtuelle Geldspielgeräte im Internet, GewArch 2006, 58-60
Oehme, Stefan:	Call-In Shows im deutschen Fernsehen – Betrug als alltägliche Form der Unterhaltung, JA 2009, 39-43
Ohlmann, Wolfgang:	Lotterien, Sportwetten, der Lotteriestaatsvertrag und Gambelli, eine Rechtszustandsanalyse, WRP 2005, 48-68
Ohlmann, Wolfgang:	Lotterien und Glücksspiele in Deutschland – Schlaglichter der rechtshistorischen Entwicklung vom 18. bis zum 20. Jahrhundert, ZfWG 2007, 101-106
Ohlmann, Wolfgang:	Lotterien in der Bundesrepublik Deutschland – Der kooperative Lotterieföderalismus und seine praktischen Rechtswirkungen, WRP 1998, 1043-1058
Pagenkopf, Martin:	Der neue Glücksspielstaatsvertrag – Neue Ufer, alte Gewässer, NJW 2012, 2918-2924
Palandt, Otto (Begr.):	Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, 75. Aufl., München 2016
Papier, Hans-Jürgen:	Staatliche Monopole und Berufsfreiheit – dargestellt am Beispiel der Spielbanken, in: Burmeister, Joachim (Hrsg.), Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997, 543-566
Parke, Jonathan / Griffiths, Mark:	The Role of Structural Characteristics in Gambling, in: Smith, G. / Hodgins, D. / Williams, R., Research and Measurement Issues in Gambling Studies, New York 2007, 211-243
Peter, Frank:	Die Spielverordnung, ZRP 2011, 134-137
Peters, Karl:	Beschränkung der Tatbestände im Besonderen Teil, ZStW 1965, 470-505

Pfeifer, Manfred / Fischer, Elke:	Aktuelle Fragen des Gewerberechts- Vollzug in Bayern, GewArch 2002, 232-241
Pfister, Bernhard (Hrsg.):	Rechtsprobleme der Sportwette, Heidelberg 1989
Pielow, Johann- Christian (Hrsg.):	Beck'scher Online-Kommentar Gewerberecht, 33. Edition, München, Stand: 15.02.2016
Pieroth, Bodo / Görisch, Chris- toph:	Gewerbliche Lotteriespielvermittlung als Gegenstand der konkurrierenden Bundesgesetzgebungskompetenz, NVwZ 2005, 1225-1231
Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard / u.a.:	Grundrechte Staatsrecht II, 31. Aufl., Heidelberg u.a. 2015
Pischel, Gerhard:	Glück im Spiel – Pech vor Gericht?, JA 2008, 202-205
Pischel, Gerhard:	Verfassungsrechtliche und europarechtliche Vorgaben für ein staatliches Glücksspielmonopol – Aktuelle Entwicklungen und Tendenzen, GRUR 2006, 630-636
Plath, Kai-Uwe (Hrsg.):	BDSG / DSGVO Kommentar, Köln 2013
Raitz von Frentz, Wolfgang Frhr. / Masch, Christian:	Glücksspiele, Sportwetten, Geschicklichkeitsspiele, Lotterien, Unterhaltungsspiele, Spielbanken, Spielhallen und Gewinnspiele in Deutschland, ZUM 2006, 189-200
Rasch, Wilfried:	Über Spieler, in: Gebattel, Viktor Emil von (Hrsg.), Festschrift für Hans Bürger-Prinz zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1962, 173-184

Redeker, Sandra / Pres, Sascha:	UWG-Novelle 2015: Erste Betrachtung der finalen Gesetzesänderung, GRUR-Prax 2016, 7-9
Reeckmann, Martin / Benert, Miriam:	Spielbanken gegen Spielhallen – eine Entgegnung, WRP 2011, 538-542
Reeckmann, Martin:	Gewerbliches Automatenenspiel am Scheideweg zur Inkompatibilität von Glücksspiel und Gewerbefreiheit, ZfWG 2010, 229-235
Rehbinder, Manfred / Usteri, Martin (Hrsg.):	Glück als Ziel der Rechtspolitik, Bern 2002
Reiner, Günter / Schacht, Johann:	Credit Default Swaps und verbriefte Kreditforderungen in der Finanz- marktkrise, WM 2010, 337-346
Reiner, Günter:	Derivative Finanzinstrumente im Recht, Baden-Baden 2002
Rengier, Rudolf:	Strafrecht, Besonderer Teil I, 18. Aufl., München 2016
Riese, Christoph / Noll, Paul:	Europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der Inländerdiskri- minierung, NVwZ 2007, 516-521
Rieß, Peter:	Die Zukunft des Legalitätsprinzips, NSTZ 1981, 2-10
Rinker, Mike:	Wetterderivate: Funktionsweise – rechtlicher Rahmen – MiFID – Ultra-vi- res-Doktrin, Berlin 2008
Roberts, Julian:	Finanzderivate als Glücksspiel? Aufklärungspflichten der Emittenten, DStR 2010, 1082-1086
Roberts, Julian:	Vertragliche Grundlagen von Finanzderivaten: Ein Beitrag zur Aufarbei- tung der Krise, NJW 2010, 2988-2989

Roberts, Julian:	Rechtliche Behandlung von Derivaten – ein Casebook, Berlin 2012
Roberts, Julian:	Beratungsbedarf bei Finanzderivaten im Lichte neuerer Rechtsentwicklungen, DStR 2011, 1231-1235
Rock, Jan-Philipp / Fiedler, Ingo:	Die Empirie des Online-Pokers – Bestimmung des Geschicklichkeitsanteils anhand der kritischen Wiederholungshäufigkeit, ZfWG 2008, 412-422
Rönnberg, Wilhelm:	Das Reichs- und Landes- Lotterie- und sonstige Glücksspielstrafrecht im Gebiete der preußischen Lotteriegemeinschaft Preußen, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Lübeck, Reuss j. L., Hessen, Sachsen-Weimar, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Coburg-Gotha, Anhalt, Schwarzburg-Sondershausen, Schwarzburg-Rudolstadt, Reuss a. L., Schaumburg-Lippe, Lippe, Oldenburg, Handbuch für die Strafrechtspraxis und den Lotterieverkehr, Rostick i.M. 1907
Roßnagel, Alexander (Hrsg.):	Recht der Multimedia-Dienste – Kommentar, 7. Aufl., München 2005
Roth, Eugen:	Das große Los, Oldenburg 1965
Roxin, Claus:	Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München 2003
Rudolphi, Hans-Joachim / Horn, Eckhard / Samson, Erich /u.a.:	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblattsammlung, Neuwied u.a., Stand: Dezember 2014, 148. EL. (zitiert: SK)
Ruttig, Markus:	Gewinnspiel oder Glücksspiel – Machen 50 Cent den Unterschied?, WRP 2011, 174-180
Salewski, Sabrina:	Zertifikate – reguläre Finanzinstrumente oder unerlaubtes Glücksspiel, BKR 2012, 100-106

Schaeffer, Klaus:	Erlaubnisfähige andere Spiele im Sinne des § 33d Abs. 1 GewO und Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB, GewArch 1980, 112-117
Scherpf, G.A.:	Über den Handel mit Staatspapieren und das Börsenspiel, Augsburg 1831
Schiefer, Florian / Quinten, Roland:	Die Steuerbarkeit von Pokereinkünften gemäß § 15 EStG – Zugleich Besprechung des Urteils des FG Köln vom 31.10.2012 – 12 K 1136/11, DStR 2013, 686-690
Schild, Wolfgang:	Die Öffentlichkeit der Lotterie des § 286 StGB, NStZ 1982, 446-449
Schilling, Fried- helm / Haase, Henning / Bön- ner, Karl Heinz:	Spiele an Automaten, Ergebnisse, Analysen, Kontroversen, Egelsbach u.a. 1995
Schilling, Fried- helm:	Zur Abgrenzung von Zufall und Geschicklichkeit bei "anderen Spielen" mit Gewinnmöglichkeit (§ 33d GewO), GewArch 1995, 318-325
Schmidt, Karsten (Hrsg.):	Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, Hamburger Ringvorlesung, Hamburger Rechtsstudien, Bd. 85, Berlin 1994
Schmitt, Rudolf:	Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Gleichzeitig ein Beitrag zur Reform des Opiumgesetzes, in: Schroeder, Friedrich-Christian / Zipf, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, 113-126
Schmittmann, Mi- chael (Hrsg.):	Neuordnung des Glücks- und Gewinnspielmarktes in Deutschland, Wien u.a. 2012
Schönke, Adolf / Schröder, Horst (Begr./Hrsg.):	Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., München 2014

Schönleiter, Ulrich:	Föderalismusreform und Gewerberecht, GewArch 2006, 371-373
Schorkopf, Frank:	Wahrhaftigkeit im Recht der Grundfreiheiten, DÖV 2011, 260-267
Schröder, Thomas / Thiele, Alexander:	"Es ist machbar!" – Die Betrugsrelevanz von Telefon-Gewinnspielen im deutschen Fernsehen, JURA 2007, 814-823
Schulz, Anja:	Call-In Shows mit Mehrwertdiensten – Glücksspiel im deutschen Fernsehen, CR 2006, 164-169
Schünemann, Bernd:	Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung, GA 2003, 298-313
Schuster, Heinrich:	Das Spiel, seine Entwicklung und Bedeutung im deutschen Recht – Eine rechtswissenschaftliche Abhandlung auf sittengeschichtlicher Grundlage, Wien 1878
Schwabe, Jürgen:	Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1998, 66-75
Schweizer, Robert:	Die "normative Verkehrsauffassung" – ein doppeltes Missverständnis – Konsequenzen für das Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers", GRUR 2000, 923-933
Servatius, Wolfgang:	„Ball im Netz ist Geld auf der Bank“ – Die zivilrechtliche Behandlung einer an sportliche Erfolge geknüpften Verzinsung von Sparguthaben, WM 2004, 1804-1812
Sieber, Ulrich:	Internationales Strafrecht im Internet – Das Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB im globalen Cyberspace, NJW 1999, 2065-2073

Singer, Reinhard:	Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133-1141
Spindler, Gerald / Schuster, Fabian (Hrsg.):	Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 3. Aufl., München 2015
Spindler, Gerald:	Online-Spiele auf dem Prüfstand des Gewerberechts, K&R 2010, 450-458
Spindler, Gerald:	Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte im Internet – der Rahmen für Forschungsaufgaben und Reformbedarf, GRUR 2013, 996-1004
Squire, Peverill:	Why the 1936 Literary Digest Poll failed, The Public Opinion Quarterly 1988, 125-133
Staudinger, Julius von (Begr.):	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 741 - 764 (Gemeinschaft, Leibrente, Spiel), 15. Aufl., Berlin 2015
Steegmann, Matthias:	Die Haftung der Basisinfrastruktur bei rechtswidrigen Internetangeboten, Verantwortlichkeit von Internet- und Finanzdienstleistern im Rahmen des illegalen Online Glücksspiels, Baden-Baden 2010
Stein, Ekkehart / Frank, Götz:	Staatsrecht, 21. Aufl., Tübingen 2010
Steinbeck, Anja:	Der Beispielkatalog des § 4 UWG – Bewährungsprobe bestanden, GRUR 2008, 848-854
Steiner, Udo:	Das Bundesverfassungsgericht und die Volksgesundheit, MedR 2003, 1-7

Stenglein, Melchior:	Glücksspiel und Wette, ZStW, Band 3 (1883), 111-143
Streinz, Rudolf / Kruis, Tobias:	Unionsrechtliche Vorgaben und mitgliedsstaatliche Gestaltungsspielräume im Bereich des Glücksspielrechts, NJW 2010, 3745-3750
Ströhle, Andreas Felix:	Über die Begriffe "Zufall" und "absolute Willensfreiheit" aus ontologischer Perspektive, Dissertation Universität München 2012
Stürner, Rolf (Hrsg.):	Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Auflage, München 2015 (zitiert: Jauernig)
Taeger, Jürgen / Gabel, Detlef (Hrsg.):	BDSG und Datenschutzvorschriften des TKG und TMG, Kommentar, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2013
Talos, Thomas / Strass, Stephan:	Das Kohärenzgebot im Glücksspielsektor, wbl 2013, 481-492
Tettinger, Peter J. / Wank, Rolf / Ennuschat, Jörg / u.a. (Hrsg.):	Gewerbeordnung, Kommentar, 8. Aufl., München 2011 (zitiert: Tettinger u.a.)
Thaysen, Maren:	Sportwetten in Deutschland: zur rechtlichen Zulässigkeit des neuen Staatsmonopols und eines liberalisierten Sportwettenmarktes, Baden-Baden 2009
Thumm, Maya:	Strafbarkeit des Anbietens von Internetglücksspielen gemäß § 284 StGB, Hamburg 2004
Towfigh, Emanuel / Glöckner, Andreas:	Forschungsbericht 2011 – Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, abrufbar im Internet: < http://www.mpg.de/1247781/Geschicktes_Gluecksspiel > (Stand: 13.06.2016)

Unterreitmeier, Johannes:	Glücksspielanbieter ohne Glück, NJW 2013, 127-130
Uwer, Dirk:	Die unwahre Gesetzesbegründung – Rechtsstaatliche Fragen an die Auslegungsmaxime des „objektivierten Willens des Gesetzgebers“ am Beispiel des Glücksspielstaatsvertrags, in: Franzius, Claudio / Lejeune, Stefanie / u.a. (Hrsg.), Festschrift für Michael Kloepper zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, 867-888
Vesting, Thomas / Kremer, Carsten:	Rechtsschutz gegen gemeinsame Satzungen der Landesmedienanstalten, AfP 2010, 9-15
Vesting, Thomas:	50-Cent-Gewinnspiele im Internet, AfP 2011, 105-111
Volk, Annette:	Glücksspiel im Internet, Köln 2006
Voßkuhle, Andreas / Bumke, Christian:	Rechtsfragen der Sportwette, Berlin 2002
Walz, Simone:	Gambling um Gambelli? – Rechtsfolgen der Entscheidung Gambelli für das staatliche Sportwettenmonopol, EuZW 2004, 523-526
Weiser, Erich:	Begriff, Wesen und Formen des strafbaren Glücksspiels, Leipzig 1930
Weiß, Bernhard:	Über Glücksspiel, Spielklubs und öffentliche Spielbanken, Berlin 1919
Wessels, Johannes / Hillenkamp, Thomas:	Strafrecht, Besonderer Teil 2 – Straftaten gegen Vermögenswerte, 38. Aufl., Heidelberg u.a. 2015

WHO:	Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Revision, German Modification (ICD-10-GM), Version 2013, abrufbar im Internet: < http://www.dimdi.de/static/de/klassi/icd-10-who/kodesuche/onlinefassungen/htmlamtl2013/block-f60-f69.htm > (Stand: 13.06.2016)
Wiebe, Volker:	Roulette: Das Spiel – Die Regeln – Die Chancen, Hannover 2008
Willers, Christian:	Verfassungsgerichtliche Übergangsfristen im Mehrebenensystem am Beispiel der Sportwetten, Berlin 2011
Wimmer, Norbert:	Spiele ohne Grenzen? – Reformbedarf bei der Aufsicht über TV-Gewinnspiele, MMR 2007, 417-423
Windoffer, Alexander:	Der neue Glücksspielstaatsvertrag: Ein wichtiger Beitrag zur Gesamtkohärenz des deutschen Regulierungsregimes, GewArch 2012, 388-392
Windoffer, Alexander:	Die Neuregelung des Glücksspielrechts vor dem Hintergrund unions- und verfassungsrechtlicher Rahmenbedingungen, DöV 2012, 257-265
Winkelmüller, Michael / Kessler, Hans-Wolfram:	Territorialisierung von Internet-Angeboten – Technische Möglichkeiten, völker-, wirtschaftsverwaltungs- und ordnungsrechtliche Aspekte, GewArch 2009, 181-184
Wohlers, Wolfgang:	Anmerkung zum BGH Urteil v. 28.11.2002 – 4 StR 260/02, JZ 2003, 860-863
Wolf, Bernhard:	Zur strafrechtlichen Problematik des Glücksspiels, Dissertation Universität Hamburg 1972
Wolff, Heinrich / Brink, Stefan (Hrsg.):	Beck'scher Online Kommentar Datenschutzrecht, 16. Edition, München, Stand: 01.05.2016

Wrage, Nikolaus:	Anmerkung zum Urteil des AG Karlsruhe-Durlach: Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels, NStZ 2001, 256-257
Wrage, Nikolaus:	Allgemeine Oddset-Sportwetten: Zur Strafbarkeit des Buchmachers gemäß § 284 StGB, JR 2001, 405-407
Zeilinger, Anton:	Einsteins Schleier, Die neue Welt der Quantenphysik, München 2005
Zink, Wolfgang Richard:	Spielbanken in Deutschland, Historische Entwicklung und heutige Rechtsgrundlagen, Dissertation Universität Mainz 1970
Zollinger, Manfred:	Geschichte des Glücksspiels: Vom 17. Jahrhundert bis zum Zweiten Weltkrieg, Wien 1997
Zscherpe, Kerstin:	Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet, MMR 2004, 723-727

A. Einleitung und Gang der Darstellung

„Aber was heißt denn ein bloßes Spiel, nachdem wir wissen, daß unter allen Zuständen des Menschen gerade das Spiel, und nur das Spiel es ist, was ihn vollständig macht und seine doppelte Natur auf einmal entfaltet?“¹

I. Problembeschreibung

Das Spiel ist Teil des gesellschaftlichen Zusammenlebens, auch das Glücksspiel. Bedenkt man jedoch, dass die Glücksspielindustrie heutzutage einen erheblichen Teil ihrer Umsätze durch das Spielen suchtkranker Menschen erzielt,² wird deutlich, dass der Bereich des Glücksspiels einer Regulierung durch den Staat bedarf, damit dieser seiner Fürsorge- und Gefahrenabwehrpflicht nachkommen kann.

Dem deutschen Glücksspielrecht liegt traditionell eine Zweiteilung zugrunde. Diese sogenannte *duale Ordnung* der Spielrechtsmaterie unterscheidet zwischen dem gewerberechtlichen Spielrecht einerseits sowie dem Recht der Spielbanken, Sportwetten und Lotterien andererseits.³ Mit einer sich ändernden Wahrnehmung von Glücksspiel durch die Gesellschaft sowie mit dem Erscheinen neuer Glücksspielformen wurde das einmal gefasste Regelwerk jedoch immer wieder adaptiert, manchmal grunderneuert. Auch und gerade in der jüngeren Vergangenheit hat das deutsche Glücksspielrecht mehrere große Wellen der Reformierung erfahren.

Bei diesen letzten Veränderungen im Regelwerk standen die Online-Glücksspiele und deren Auswirkungen bereits im Bewusstsein der Gesetzgeber. Dennoch sind in diesem Bereich Veränderungen in der Technik deutlich schneller als der Gesetzgebungsvorgang, sodass

¹ Schiller, Über die ästhetische Erziehung des Menschen, fünfzehnter Brief.

² Vgl. Kellermann, in: Alberti/Kellermann, S. 28; Schindler, Süchte: Die volkswirtschaftlichen Schäden sind riesig, abrufbar im Internet: <http://www.tagblatt.de/Home/nachrichten/tuebingen_artikel,-Suechte-Die-volkswirtschaftlichen-Schaeden-sind-riesig-_arid,112551.html> (Stand: 13.06.2016).

³ Ennuschat, in: Tettinger u.a., § 33h Rn. 2; ders., in: Pielow, § 33h Rn. 6.

auch in den neuen Regelungen gewisse Unzulänglichkeiten mit Bezug auf Online-Spielphänomene zu verzeichnen sind. Hinzu treten die Schwierigkeiten auf europäischer Ebene, die insbesondere aus dem Konflikt eines historisch gewachsenen Monopols im Bereich der Lotterien und Sportwetten mit einem relativ liberal geregelten Spielautomatenmarkt entstanden sind. Diese Zweiteilung, die auch mit der vom Grundgesetz vorgegebenen Gesetzgebungskompetenz zusammenhängt, wurde nationalstaatlich stets hingenommen. Im Rahmen eines teilharmonisierten Unionsrechts und der Voraussetzung einer kohärenten und systematischen Regelung, deren Fehlen seit Jahren durch den EuGH moniert wird, werden solche Strukturen jedoch überdacht werden müssen. Auch bei diesen Überlegungen spielen die neuen Spielformen unter Anwendung des Internets eine entscheidende Rolle, hat sich doch der Marktanteil dieser Glücksspiele am gesamten europäischen Glücksspielmarkt in den letzten zehn Jahren verzehnfacht.⁴ Berücksichtigt man hierbei noch die Tatsache, dass Online-Glücksspiele häufig im illegalen Bereich stattfinden, ist diese Entwicklung umso bemerkenswerter. Einer Umfrage zufolge geben dann auch knapp 19 % der befragten Online-Glücksspielteilnehmer an, dass sie die Illegalität als erheblichen Nachteil von Online-Glücksspielen gegenüber Casinos empfinden.⁵ Es stellt sich somit unter anderem die Frage, ob eine weitere gesetzliche Einschränkung der Online-Spielmöglichkeiten oder im Gegenteil eine Liberalisierung besser geeignet ist, die Spiellust der Bevölkerung zu kanalisieren und die Gefahren des Glücksspiels einzudämmen.

Ziel dieser Arbeit ist es deshalb, einen kritischen Blick auf die bestehende Regulierung des Online-Glücksspiels zu werfen. Die bestehenden Regelungen sollen im Kontext eines sich durch technologischen Fortschritt verändernden Marktes und im Lichte der sich wandelnden

⁴ Vgl. *H2 Gambling Capital*, Entwicklung des Anteils von Online-Glücksspielen am europäischen Gesamtmarkt in den Jahren 2003 bis 2012, abrufbar im Internet: <<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/168626/umfrage/anteil-des-online-gluecksspiels-am-gesamtmarkt-in-europa-seit-2003/>> (Stand: 13.06.2016).

⁵ Vgl. *University of Lethbridge*, Was sind Ihrer Meinung nach die Nachteile von Online-Glücksspielseiten gegenüber den klassischen Spielbanken und Spielhallen?, abrufbar im Internet: <<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/239311/umfrage/nachteile-von-online-gluecksspielseiten-gegenueber-spielbanken-und-spielhallen/>> (Stand: 13.06.2016).

juristischen Rahmenbedingungen, insbesondere bezogen auf die Anforderungen des Unionsrechts, betrachtet werden.

II. Gang der Darstellung

Zu Beginn der Untersuchung wird zunächst die historische Entwicklung der Regelungen zum Glücksspiel dargestellt, um im Anschluss die Ziele der heutigen Regelungen zu beleuchten. Hierbei soll die Gelegenheit genutzt werden, auch die in der rechtspolitischen Diskussion kaum thematisierte positive Funktion, welche das Spiel und auch das (Online-)Glücksspiel für den Einzelnen und die Gesellschaft erfüllen, hervorzuheben. Im Anschluss sollen die psychosozialen Besonderheiten des Mediums Internet herausgearbeitet werden, aus denen auch neue Suchtgefahren erwachsen.

Einen zentralen Teil dieser Arbeit bildet im weiteren Verlauf die Auseinandersetzung mit den Methoden der Abgrenzung des Glücksspiels von weiteren Spielarten, wobei eine der Kernfrage in diesem Zusammenhang diejenige nach der Existenz eines einheitlichen Glücksspielbegriffes sein wird.

Anschließend soll eine kurze Darstellung der wesentlichen, aktuell Geltung beanspruchenden Regelungswerke zu Glücksspielen erfolgen. Letzteres ist notwendig, um ein Bild der bestehenden Systematik zu zeichnen, welche im weiteren Verlauf auf ihre Wirksamkeit zur Bekämpfung der neuen Herausforderungen eines immer stärker im Online-Bereich verankerten Glücksspielmarktes hin überprüft werden soll. Allerdings sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass das Glücksspielrecht eine Querschnittsmaterie bildet, sodass einige Regelwerke – um den Fokus der Fragestellung nicht zu verwässern – im Rahmen dieser Ausführungen nur angerissen und nicht in der Tiefe dargestellt werden können. Der Schwerpunkt der Untersuchung wird somit auf dem Unionsrecht, den straf- und gewerberechtlichen Normen sowie auf den Regelungen des GlüStV verbleiben.

Neben der Abgrenzung des Glücksspiels von anderen Spielarten soll in einem nächsten Schritt am Beispiel einiger Finanzprodukte auch ein

Bewusstsein dafür geschaffen werden, dass bereits die Abgrenzung des Spiels vom „Nicht-Spiel“ problematisch ist und zuweilen beinahe willkürlich zu erfolgen scheint.

Anschließend soll anhand dreier ausgewählter „Spiel“-Formen veranschaulicht werden, welche Abgrenzungsproblematiken dem geltenden Recht gerade durch neue, internetbasierte Spielformen drohen. Zunächst soll am Beispiel der Online-Casinospiele aufgezeigt werden, dass selbst bei aus dem physischen Bereich bekannten Spielformen, welche unstrittig als Glücksspiel eingeordnet werden können, neue rechtliche Herausforderungen aus den technischen Besonderheiten des Veranstaltungsortes Internet erwachsen. In einem nächsten Schritt wird mit den Gewinnspielen eine Spiel-Ausprägung untersucht, welche zum einen aufgrund ihrer Verankerung im Schnittbereich von GlüStV und RStV interessante Fragestellungen aufwirft und zum anderen die Darstellung der für alle Online-Glücksspiele relevanten Problematik der Behandlung von Mehrfachteilnahmen ermöglicht. Anschließend soll die Möglichkeit genutzt werden, den von Literatur und Rechtsprechung erschlossenen Pfad von Poker, Sportwette & Co. zu verlassen, um stattdessen anhand einer bisher kaum thematisierten Spielform – dem Managerspiel – aufzuzeigen, dass gerade die komplexen, gemischten Online-Spiele die Gerichte vor neue Abgrenzungsschwierigkeiten stellen, die überwunden werden müssen, um sie in ein systematisches und kohärentes Regelungsgefüge einzubetten. Die im Verlauf der Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse sollen am Ende der Arbeit in konkrete Reformvorschläge münden, mit welchen den neuen Herausforderungen sowie den unionsrechtlichen Vorgaben begegnet werden kann.

B. Allgemeine Betrachtung des Spielrechts

Das Online-Glücksspiel war – wie die gesamte Glücksspielmaterie – in der jüngeren Vergangenheit Gegenstand einer sich stark verändernden Normenkultur. Um zu aktuellen Fragen der Behandlung von Online-Glücksspielen durch das deutsche Recht bzw. das Unionsrecht Stellung zu nehmen, lohnt daher zunächst ein Blick auf den Wandel, welchen die Regulierung des Glücksspiels über die Jahrhunderte erfahren hat.

Neben diesem gesetzgeberischen Wandel hat über die Jahrhunderte auch ein Wandel in die Wahrnehmung des Glücksspiels bzw. überhaupt des Spiels durch die Gesellschaft Einzug gehalten. Während jedoch in der juristischen, gesellschaftlichen und politischen Auseinandersetzung mit der Glücksspielmaterie oftmals ausschließlich die damit einhergehenden Gefahren beleuchtet werden, soll an dieser Stelle die Möglichkeit genutzt werden, auch die neuesten Erkenntnisse über Sinn und Zweck von (Glücks-)Spiel darzustellen. Sodann sollen die Regelungsziele und mithin die Schutzgüter herausgearbeitet werden, welche den verschiedenen (online-) glücksspielrechtlich relevanten Normen zugrunde liegen.

I. Historische Entwicklung

Wird auch das Internet von Wissenschaft,⁶ Politik⁷ und Medien⁸ zum Teil für eine Beschleunigung und Verschärfung der Glücksspielproblematik verantwortlich gemacht, so sind die Gefahren, die einer Gesellschaft und dem Einzelnen durch ein schrankenloses Glücksspiel

⁶ *Ibler*, in: FS Götz, 421 (421); *von Hippel*, ZRP 2001, 558 (560); vgl. zu den Besonderheiten des Internets unten Abschnitt C I.

⁷ *Europäisches Parlament* (Hrsg.), EU-Parlamentarier sehen wachsende Gefahren durch Glücksspiele im Internet, abrufbar im Internet: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IM-PRESS+20090309STO51240+0+DOC+XML+V0//DE>> (Stand: 13.06.2016).

⁸ Vgl. *dpa*, Internet-Glücksspiel macht süchtiger als Casino, abrufbar im Internet: <<http://www.welt.de/wissenschaft/article1672672/Internet-Gluecksspiel-macht-suechtiger-als-Casino.html>> (Stand: 13.06.2016).

entstehen können, seit Jahrhunderten bekannt. Ein Ausufern des Glücksspiels war daher frühzeitig ein Gegenstand staatlicher Fürsorge und Gefahrenabwehr.⁹ *Ohlmann* konstatiert gar eine sich durch die ganze Rechtsgeschichte ziehende restriktive Handhabung des Glücksspiels.¹⁰

1. Das Spiel im Mittelalter

Die Einschätzung *Ohlmanns* vermag für die Neuzeit zu überzeugen. Die Handhabung des Glücksspiels im Mittelalter muss hingegen differenzierter anhand der Wertvorstellungen und Beweggründe der jeweiligen Zeit betrachtet werden. Folgt man der Auffassung vom Spiel als Mutprobe und einer besonderen Form des Kampfes,¹¹ so wäre es als Akt der Feigheit angesehen worden, sich der (spielerischen) Konfrontation und den sich aus ihr ergebenden Folgen entziehen zu wollen. Stellt jedoch der Drang, sich durch besondere Tapferkeit hervorzutun, das beherrschende Lebenselement der Germanen dar, so bildet die Feigheit als ihr Gegenpol ein „*schändliches Verbrechen*“.¹² Hierin sieht *Zink* die Erklärung für das vollständige Fehlen von Bestimmungen über Spielverträge bis zum 13. Jahrhundert.¹³ Zum gleichen Schluss kommt auch *Schuster*, welcher das damalige Verständnis alles Zufälligen als göttliche Fügung als Erklärungsmodell anführt.¹⁴ Dieses Beispiel verdeutlicht eine Schwierigkeit, die mit historischen Arbeiten in diesem Bereich einhergeht: Die historische Auseinandersetzung mit der Materie des Spiels und insbesondere des Glücksspiels befasst sich mit einer Grenzziehung, die Ernst von Spiel – sérieux von frivole

⁹ *Ohlmann*, WRP 2005, 48 (49).

¹⁰ *Ohlmann*, WRP 2005, 48 (48).

¹¹ Vgl. *Huizinga*, *Homo ludens*, S. 101 ff.

¹² *Zink*, *Spielbanken in Deutschland*, S. 9.

¹³ *Zink*, *Spielbanken in Deutschland*, S. 11; *Schuster*, *Das Spiel*, S. 37 merkt an, dass selbst die kirchliche Gesetzgebung, trotz ihrer Überzeugung, das Spiel sei etwas Heidnisches, in jener Zeit keine das Spiel berührenden Regelungen erließ.

¹⁴ *Schuster*, *Das Spiel*, S. 20.

– trennen soll.¹⁵ Diese Grenzziehung ist jedoch immer ein gesellschaftliches Produkt, welches die „*Werthaltungen und Bedürfnisse bestimmter sozialer Gruppen reflektiert und daher ständig verschoben werden konnte und auch wurde*“.¹⁶ Die darüber hinausgehende Unschärfe des Spielbegriffes und das im deutschsprachigen Raum lange Zeit „*unterentwickelte Interesse der Geschichtswissenschaft*“¹⁷ am Glücksspiel verleiten *Zollinger* gar dazu, seine Untersuchung mit einer ernüchternden Aussage des Lyrikers Friedrich Georg Jünger einzuleiten: „*Es gibt Arbeiten, von denen sich voraussagen lässt, dass sie dem Historiker misslingen, und diejenigen über das Spiel gehören dazu.*“¹⁸ Nun ist es dankenswerterweise nicht Sinn und Zweck dieser Arbeit, eine umfassende historische Analyse des Spiels im Wandel der Zeit zu leisten. Der Fokus soll vielmehr auf der historischen Entwicklung des Rechtsgüterschutzes verbleiben, um das Verständnis für die aktuellen Regelungen zu schärfen. *Ennuschat* zufolge ist das Strafrecht der „Ausgangspunkt“ des deutschen Glücksspielrechtes.¹⁹ Allerdings dienten die frühen Regelungen großteils dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sodass man sie nach heutigem Verständnis wohl dem Polizeirecht und damit dem Verwaltungsrecht zuordnen würde.²⁰ Ungeachtet der Zuordnungsfrage ist jedoch zu beachten, dass zunächst nicht das Glücksspiel, sondern lediglich das Falschspiel – in Form des Gebrauches falscher Würfel oder des kollusiven Zusammenwirkens – unter Strafe gestellt war.²¹ Der Falschspieler wurde dabei teilweise als Betrüger,²² teilweise als Dieb²³ behandelt. Die frühesten Belege hierzu finden sich im Augsburger Stadtbuch von 1276.²⁴ Seit dem 13. Jahrhundert setzte jedoch ein zunehmender Ver-

¹⁵ *Zollinger*, Geschichte des Glücksspiels, S. 9; vgl. auch *Huizinga*, Homo ludens, S. 17 ff.

¹⁶ *Zollinger*, Geschichte des Glücksspiels, S. 9, m.w.N.

¹⁷ *Zollinger*, Geschichte des Glücksspiels, S. 11.

¹⁸ *Zollinger*, Geschichte des Glücksspiels, S. 9.

¹⁹ *Ennuschat*, in: Tettinger u.a., § 33h Rn. 6.

²⁰ *Schuster*, Das Spiel, S. 173; *Zink*, Spielbanken in Deutschland, S. 22; *Lampe*, JuS 1994, 737 (738).

²¹ *His*, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, S. 324 ff.

²² Wie beispielsweise im Augsburger Stadtbuch von 1276.

²³ Wie beispielsweise die Glosse zum Sachsenspiegel; vgl. *His*, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, S. 324 ff., m.w.N.

²⁴ *His*, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, S. 324 f.

fall der Spielsitten ein, welcher auf verschiedene Ursachen zurückgeführt werden kann. Die – nun auch im germanischen Rechtskreis – zunehmende Verbreitung geprägten Geldes,²⁵ die Zunahme fahrenden Volkes, welches seinen Lebensunterhalt teils durch das Spiel bestreitet,²⁶ sowie das Aufkommen verschiedener neuer Spielvarianten, wie etwa der Gebrauch von Spielkarten,²⁷ führten zu einer inflationären Ausbreitung des Glücksspiels, welche zum Teil in Spielsucht mündete und im Ruin zahlreicher Bürger resultierte.²⁸ In der Folge kam es in verschiedenen Städten zu vereinzelt Spielverboten, welche unterschiedliche Anknüpfungspunkte hatten. Zum Teil wurde eine summenmäßige Begrenzung des Einsatzes oder der Gewinnsumme eingeführt, andernorts richtete sich das Verbot gezielt gegen bestimmte, als besonders verwerflich geltende Spiele.²⁹ Auch lediglich an einen bestimmten Personenkreis (beispielsweise Knechte, Jugendliche oder Ortsfremde) gerichtete Verbote sowie zeitliche oder örtliche Sperrstunden/Sperrgebiete sind überliefert.³⁰ Bemerkenswert ist, dass bereits diese frühen Formen der Spielverbote zum Teil schon Strafen nicht nur für den Spieler, sondern auch für den das Spiel bloß dulden den Haus- oder Gastwirt vorsahen.³¹

2. Das Spiel in der Neuzeit

Die zunächst nur vereinzelt auftretenden Spielverbote verbreiteten sich aufgrund des seit dem 13. Jahrhundert immer weiter ausufernden Verfalls der Spielsitten. Dessen Höhepunkt wird gemeinhin im frühen 17. Jahrhundert verortet.³² Das Ende des Dreißigjährigen Krieges führt wenig später zu einem vorübergehenden Versiegen der Spiel-Epide-

²⁵ Zink, Spielbanken in Deutschland, S. 13 ff.

²⁶ Volk, Glücksspiel im Internet, S. 4.

²⁷ Zink, Spielbanken in Deutschland, S. 20.

²⁸ Schuster, Das Spiel, S. 72 ff.; Lampe, in: Rehbinden/Usteri, S. 213.

²⁹ Vgl. etwa für das Würfelspiel Schuster, Das Spiel, S. 152 ff.

³⁰ Vgl. His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, S. 326 ff.

³¹ Für eine Übersicht der verschiedenen Ausprägungen der Spielverbote vgl. His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, S. 326 ff.; Schuster, Das Spiel, S. 152 ff.

³² Zink, Spielbanken in Deutschland, S. 22.

mie, wobei dahingestellt bleiben kann, ob dies wirklich auf einen Untergang der Spiellust³³ oder auf den durch den Krieg entstandenen allgemeinen Vermögensverfall³⁴ zurückzuführen ist.

In der Folgezeit etablierte sich in Deutschland eine – insbesondere in ihrer Dimension – neue Form des Glücksspiels: die Lotterie. Insbesondere das Zahlenlotto wurde hierbei zu einem Massenglücksspiel. Dieses wurde zunächst durch das Herzogtum Bayern im Jahre 1735 eingeführt.³⁵ 1763 erfolgte die Einführung dann in Preußen und in weiteren Landesterritorien.³⁶ Die anschließende Phase zeichnete sich durch eine zunehmende Verrechtlichung der Zahlenlotterie aus.³⁷ Parallel hierzu setzte mit dem Jahre 1771 auch die Entwicklung der Spielbanken in Deutschland ein.³⁸ Zwar wurden bereits seit Jahrhunderten Gasthöfe und Herbergen von geschäftstüchtigen Wirten zu Spielhäusern umfunktioniert, jedoch wurde erstmals 1771 in Wiesbaden einem Bankhalter eine ausschließliche Spielkonzession erteilt.³⁹ Entscheidenden Einfluss hatte hierbei die Erfindung und Verbreitung der Roulette. Die Roulette unterschied sich von den anderen, zur damaligen Zeit verbreiteten Spielen vor allem durch die geringen Einfluss- und Täuschungsmöglichkeiten. Eben diese Gründe waren es, die die Roulette bereits im Frankreich des frühen 18. Jahrhunderts in den Augen *Satines*, des damaligen Polizeiministers von Louis XVI., zum letzten Ausweg aus der Misere machte, unter der das Paris des 16./17. Jahrhunderts durch unkontrolliertes Glücks- und Falschspiel litt.⁴⁰

Im 19. Jahrhundert setzte sich die Deutsche Nationalversammlung von 1848 mit der Aufhebung aller Arten von Lotterien und der Schließung der Spielbanken in sämtlichen deutschen Staaten auseinander. Gefordert wurde „*ein internationales Schutz- und Trutzbündnis gegen die Hasardspiele und Lotterien in allen europäischen Staaten*“.⁴¹ Das

³³ Diese sieht *Schuster*, Das Spiel, S. 196 als jedenfalls mitverantwortlich.

³⁴ So *Zink*, Spielbanken in Deutschland, S. 23.

³⁵ *Ohlmann*, ZfWG 2007, 101 (102).

³⁶ *Roth*, Das grosse Los, S. 45; *Ohlmann*, ZfWG 2007, 101 (102).

³⁷ *Ohlmann*, ZfWG 2007, 101 (102 f.) verdeutlicht dies am Beispiel Preußens.

³⁸ *Zink*, Spielbanken in Deutschland, S. 28.

³⁹ *Zink*, Spielbanken in Deutschland, S. 28.

⁴⁰ *Lauer*, Staat und Spielbanken, S. 9; *Brandl*, Spieleleidenschaft und Strafrecht, S. 12 f.

⁴¹ Stenographische Berichte über die Verhandlungen der deutschen constituirenden [sic] Nationalversammlung zu Frankfurt am Main, 1848, Seite 4480 ff. zitiert nach *Ohlmann*, WRP 2005, 48 (50).

Zahlenlotto war zu diesem Zeitpunkt in den meisten deutschen Staaten bereits wieder abgeschafft worden.⁴² Staatslotterien hingegen bestanden im Jahre 1861 in Preußen, Sachsen, Braunschweig, Hamburg und Mecklenburg-Schwerin fort.⁴³

Dieses Schutz- und Trutzbündnis wurde im Deutschland der Folgejahre unterschiedlich zielstrebig verfolgt. Die Abschaffung der Lotterie wurde immer wieder „*intensiv und leidenschaftlich*“⁴⁴ diskutiert, jedoch nie umgesetzt. Vielmehr entwickelte sich ein „*Lotteriekrieg*“⁴⁵ zwischen den Klassenlotterien der deutschen Staaten, welche um Spieler aus den Anrainerstaaten buhlten.

Die Bekämpfung der Spielbanken hingegen verlief von gesetzgeberischer Seite emotionsloser und erfolgreicher. Sie mündete 1868 in der Verabschiedung eines Gesetzes durch den Reichstag des Norddeutschen Bundes, welches die Schließung sämtlicher deutscher Spielbanken bis spätestens 31. Dezember 1872 beinhaltete.⁴⁶

Der Kampf gegen das Glücksspiel wechselte in dieser Zeit von der rein polizeilichen auf die strafrechtliche Ebene.⁴⁷ Blieb das Glücksspiel in geschlossenen Gesellschaften unter der Geltung des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund bzw. des Reichsstrafgesetzbuches von 1871⁴⁸ – welches sich diesbezüglich an den Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten orientierte⁴⁹ – noch straffrei, so wurde es durch das Gesetz gegen das Glücksspiel vom 23. Dezember 1919⁵⁰ unter Genehmigungsvorbehalt für strafbar erklärt. Dieser gesetzgeberische Wandel ist auch auf die Folgen des Ersten Weltkrieges zurückzuführen.⁵¹ Auf der einen Seite standen die unter den Kriegsfolgen leidende, verarmte Bevölkerung und der von Überschuldung zerrüttete Staat. Dem Glücksspiel hingegen konnten,

⁴² Ohlmann, ZfWG 2007, 101 (104).

⁴³ Ohlmann, WRP 2005, 48 (50).

⁴⁴ Ohlmann, WRP 2005, 48 (50).

⁴⁵ Rönnberg, Das Reichs- und Landes-Lotterie- und sonstige Glücksspielstrafrecht, S. 12.

⁴⁶ BGBl. des Norddeutschen Bundes 1868, S. 367.

⁴⁷ Lampe, JuS 1994, 737 (738).

⁴⁸ Die §§ 284-286, 360 Nr. 14 sowie andere Normen des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund wurden durch Gesetz vom 15. Mai 1871 Bestandteil des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich (RStGB); vgl. RGBl. 1871, S. 127.

⁴⁹ Vgl. §§ 1298-1307 des Allgemeinen Landesrechts für die Preußischen Staaten; Laustetter, Grenzen des Glücksspielstrafrechts, S. 22.

⁵⁰ RGBl. I 1919, S. 2145.

⁵¹ Volk, Glücksspiel im Internet, S. 6.

wie *Lange* feststellt, nur jene frönen, die an diesem Elend verdienten: „*Neureiche, Schieber und Raffkes*“.⁵² Der „*schreiende Widerspruch dieses Treibens*“, gepaart mit den – jedenfalls aus damaliger Sicht – anstößigen Begleiterscheinungen jener Spielklubs war es, der die Ausweitung der Strafbarkeit erklärt.⁵³

Nach der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten blieben die strafrechtlichen Regelungen (§§ 284 ff. RStGB a.F.) unverändert. Das Spielbankverbotsgesetz hingegen wurde nach 61 Jahren außer Kraft gesetzt und öffentliche Spielbanken forthin wieder zugelassen.⁵⁴ Dies hatte vornehmlich fiskalische Gründe, sollte aber durch die Eröffnung in Grenzgebieten insbesondere auch verhindern, dass die Nachbarländer Frankreich und Belgien im Rahmen eines Glücksspieltourismus vom deutschen Glücksspielverbot wirtschaftlich profitierten.⁵⁵

3. Das Spiel in der Gegenwart

Auch nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges blieben inhaltliche Änderungen des Glücksspielstrafrechts zunächst aus. So drohte dem gewerbsmäßigen Spieler gemäß § 285 StGB a.F. aufgrund des ihm nahegelegten Hangs zum Falschspiel⁵⁶ noch bis in die 1970er-Jahre eine Gefängnisstrafe von bis zu fünf Jahren. Durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) wurde diese Unterscheidung zwischen gewerblichen und sonstigen Spielern mit Wirkung zum 1. Januar 1975 eingeebnet.⁵⁷ Für den gewerbsmäßigen Glücksspielveranstalter hingegen wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15. Juli 1992 der Qualifikationstatbestand des § 284 Abs. 3 Nr. 1 StGB eingeführt.⁵⁸ Auch die Regelung

⁵² *Lange*, in: FS Dreher, 573 (574).

⁵³ *Lange*, in: FS Dreher, 573 (574).

⁵⁴ RGBl. I, 1933, S. 480.

⁵⁵ *Lauer*, Staat und Spielbanken, S. 12 f.

⁵⁶ *Belz*, Das Glücksspiel im Strafrecht, S. 7.

⁵⁷ Vgl. Gesetz vom 2. März 1974, BGBl. 1974, S. 469 ff.; BT-Drs. 7/550 v. 11. Mai 1973, S. 263; kritisch zu dieser Entscheidung des Gesetzgebers *Belz*, Das Glücksspiel im Strafrecht, S. 8; *Lange*, in: FS Dreher, 573 (577).

⁵⁸ BGBl. 1992, S. 1302 ff.

der strafe erhöhenden bandenmäßigen Begehung gemäß § 284 Abs. 3 Nr. 2 StGB geht auf das OrgKG zurück. Überdies erweiterte das OrgKG mit § 285b StGB (dem heutigen § 286 StGB) die Möglichkeiten, die aus dem Glücksspiel erzielten Einnahmen abzuschöpfen.⁵⁹

Das 6. StRG aus dem Jahre 1998 änderte dann schließlich die Paragraphenfolge hin zu ihrer noch heute gültigen Form (§§ 284 bis 287 StGB). Inhaltlich wurden durch die Reform die Werbeverbote der §§ 284 Abs. 4, 287 Abs. 2 StGB neu eingefügt.⁶⁰

Nicht unerwähnt bleiben soll bei der historischen Betrachtung des Glücksspielrechtes noch der Sonderweg der Pferdewetten. Am 8. April 1922 trat das Rennwett- und Lotteriegesetz (RWLG) in Kraft. Diese spezialgesetzliche Regelung trennte die Pferdewetten von den übrigen Glücksspielen. Sie beruhte ebenfalls auf fiskalischen Interessen des Staates⁶¹ und gilt heute als Bundesrecht fort.⁶²

4. Der Glücksspielstaatsvertrag

Neben den strafrechtlichen Bundesregelungen ist für die vorliegende Arbeit insbesondere der durch die Bundesländer ratifizierte Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) von zentraler Bedeutung. Der Glücksspielstaatsvertrag 2012 ist hierbei das „*dritte Vertragswerk zur länderübergreifend koordinierenden Regulierung des Glücksspiels*“.⁶³ Aus diesem Grund scheint auch bezüglich der Staatsverträge ein kurzer Rückblick angemessen.

Ohlmann verweist zu Recht darauf, dass die Länder zwar bereits früher weitgehend einheitliche Zielvorstellungen zur Gefahrenabwehr hatten. Aufgrund von länderspezifischen Gegebenheiten wichen diese

⁵⁹ *Wohlers/Gaede*, in: NK, § 284 Rn. 1.

⁶⁰ BT-Drs. 13/9064, S. 20 f.

⁶¹ *Kummer*, Das Recht der Glücksspiele und der Unterhaltungsautomaten mit Gewinnmöglichkeit in der Bundesrepublik Deutschland, S. 17 f.

⁶² Vgl. zur Historie der Pferdewetten *Behrens*, Vermögensstraftaten bei Sportwetten und Pferderennen, S. 1 ff.

⁶³ *Dietlein*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Einf. Rn. 1.

jedoch in Teilbereichen voneinander ab.⁶⁴ Auch als Reaktion auf die von einigen Verwaltungsgerichten aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Bedenken⁶⁵ und den Tenor der EuGH-Rechtsprechung in den Fällen Schindler,⁶⁶ Zenatti,⁶⁷ Läärä⁶⁸ und Gambelli⁶⁹ beschlossen die Länder daher den Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland (Lotteriestaatsvertrag – LoStV), welcher zusammen mit dem Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Toto-Blocks erzielten Einnahmen (Regionalisierungsstaatsvertrag) am 1. Juli 2004 in Kraft trat.⁷⁰

Die zitierten Verwaltungsgerichtsurteile verpflichteten den beklagten Freistaat Bayern bzw. die beklagte Bezirksregierung dazu, die beantragte Veranstaltung einer Lotterie zu genehmigen. Die Gerichte gingen aufgrund des ungerechtfertigten Eingriffs in die Rechte des Klägers (Art. 12 Abs. 1 GG) von einer Ermessensreduzierung auf null aus.⁷¹ Zudem bemängelten sie die aggressive und ausufernde „Geschäftspolitik“ der vorhandenen Lotterien, welche nur schwer mit dem Ziel der Eindämmung des Spieltriebs zu vereinbaren sei.⁷² Die Urteile des EuGH befassten sich jeweils mit der Verhältnismäßigkeit nationaler Regelungen im Lichte der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr. Im Einzelnen ging es hierbei um nationale Rechtsvorschriften, welche die Annahme von Sportwetten (Zenatti, Gambelli), das Recht zum Betrieb von Geldspielautomaten (Läärä) oder Werbung für Lotterien (Schindler) regeln.

⁶⁴ Ohlmann, WRP 2005, 48 (54).

⁶⁵ BVerwG, Urteil vom 29.06.2000 – 1C 26.99, GewArch 2000, 386 (386); BayVGh, Beschluss vom 24.07.2001 – 22 ZB 01.1160, GewArch 2002, 23 (24); OVG Lüneburg, Urteil vom 9.06.1999 – 11 L 5445/98, GewArch 2000, 116 (116 f.).

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 24.03.1994 – Rs. C-275/92 (H.M. Customs and Excise / Schindler), Slg. 1994, I-01039.

⁶⁷ EuGH, Urteil vom 21.10.1999 – Rs. C-67/98 (Zenatti), Slg. 1999, I-07289.

⁶⁸ EuGH, Urteil vom 21.09.1999 – Rs. C-124/97 (Läärä u.a.), Slg. 1999, I-06067.

⁶⁹ EuGH, Urteil vom 6.11.2003 – Rs. C-243/01 (Gambelli u.a.), Slg. 2003, I-13031.

⁷⁰ Veröffentlicht in den Verkündungsblättern der Länder, z.B. Sächsisches GVBl. 2004, S. 186 ff.

⁷¹ OVG Lüneburg, Urteil vom 9.06.1999 – 11 L 5445/98, GewArch 2000, 116 (117 f.); BayVGh, Beschluss vom 24.07.2001 – 22 ZB 01.1160, GewArch 2002, 23 (24); das BVerwG lässt das Vorliegen einer Ermessensreduzierung auf null dahingestellt sein.

⁷² BVerwG, Urteil vom 29.06.2000 – 1C 26.99, GewArch 2000, 386 (386); BayVGh, Beschluss vom 24.07.2001 – 22 ZB 01.1160, GewArch 2002, 23 (24).

Das zweite länderübergreifende Vertragswerk, auf das an dieser Stelle eingegangen werden soll, ist der Glücksspielstaatsvertrag, welcher am 1. Januar 2008 in Kraft trat. Der Beschluss des GlüStV2008 durch die Länder wurde initiiert durch das „Sportwettenurteil“⁷³ des BVerfG.⁷⁴ Das BVerfG sah in dem der Entscheidung zugrunde liegenden BayStaatsLottG, welches bezüglich der Veranstaltung von Sportwetten ein staatliches Monopol vorsah, einen Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Die Verhältnismäßigkeit dieses Eingriffes sei nur dann gegeben, wenn das Wettmonopol in seiner konkreten Ausgestaltung den mit dem Gesetz verfolgten Zielen – der Abwehr von Spielsucht und problematischem Spielverhalten – diene.⁷⁵ Eine solche materielle und strukturelle Sicherung der Zielerreichung war in den Augen des BVerfG durch die Regelungen des BayStaatsLottG jedoch nicht gegeben.⁷⁶

Der als Reaktion auf die vom BVerfG formulierten – an ein staatliches Monopol zu stellenden – Anforderungen geschaffene GlüStV2008 begegnete in der Literatur jedoch bereits früh Kritik in Bezug auf seine Vereinbarkeit mit Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht.⁷⁷

Obwohl der GlüStV2008 ursprünglich zum 31. Dezember 2011 auslaufen sollte, galt er – kraft einer Auffangregelung durch die Ausführungsgesetze – mit Ausnahme von Schleswig-Holstein bis zur Neuregelung weiter fort.⁷⁸ Durch den Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag – GlüÄndStV) trat schließlich der GlüStV in seiner heutigen Form am 1. Juli 2012 in Kraft. Dessen Vereinbarkeit mit den europarechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Kohärenz von Glücksspielregelungen in föderalen Mitgliedsstaaten⁷⁹ war jedoch nicht von Anfang an sicher und ist wohl angesichts jüngerer Rechtsprechung – wie im Verlauf dieser Arbeit gezeigt werden soll –

⁷³ BVerfGE 115, 276 ff.

⁷⁴ *Koenig/Ciszewski*, WiVerw 2008, 103 (103).

⁷⁵ BVerfGE 115, 276 (309).

⁷⁶ BVerfGE 115, 276 (300).

⁷⁷ Vgl. *Koenig/Ciszewski*, WiVerw 2008, 103 (114).

⁷⁸ *Dietlein*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, Einf. Rn. 1.

⁷⁹ Vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 8.09.2010 – Rs. C-46/08 (*Carmen Media Group*), Slg. 2010, I-08149.

auch heute noch immer fraglich. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang der kurzzeitige Sonderweg Schleswig-Holsteins, welches mit seinem Gesetz zur Neuordnung des Glücksspiels kurzzeitig eine größere Öffnung des Glücksspielmarktes für private Anbieter – sowohl im terrestrischen als auch im Online-Bereich – verfolgte.⁸⁰ Nach der Auflösung des schleswig-holsteinischen Parlaments im April 2012 trat der Glücksspielstaatsvertrag am 9. Februar 2013 jedoch auch in Schleswig-Holstein in Kraft,⁸¹ sodass nunmehr in allen Bundesländern ein einheitliches Grundregelwerk vorherrscht.

Der neue Glücksspielstaatsvertrag regelt – neben den vom Vorgängervertrag bereits geregelten Bereichen – zusätzlich noch Teile des Rechts der Pferdewetten und den Betrieb von Spielhallen.⁸² Gerade diese neuen Regelungsbereiche sind kompetenzrechtlich nicht unumstritten.⁸³ Eine einheitliche Gesetzgebungskompetenz für den Bereich der Glücksspiele sieht das Grundgesetz nicht vor. Deshalb unterfallen unterschiedliche Erscheinungsformen des Glücksspiels unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen, was hinsichtlich der Regelung eines bestimmten Phänomens zwangsläufig auch zu Kompetenzstreitigkeiten führt. Dies veranlasst etwa *Dietlein*, eine Verfassungsänderung dahingehend zu fordern, dass die gesamte Gesetzgebungskompetenz für Lebenssachverhalte des Glücksspiels den Ländern zugewiesen wird.⁸⁴ Problematisch an der kompetenzrechtlichen Zuordnung dieser Sachverhalte ist, dass sie nahezu alle eine Berührung mit dem in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG geregelten Bereich der Wirtschaft aufweisen.⁸⁵ Der Bereich der Spielhallen ist hierbei am heftigsten umstritten, trotz oder gerade wegen der expliziten Zuständigkeitsverteilung im Grundgesetz, in dem es nunmehr in Art. 74 heißt:

„Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete: [...] das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirt-

⁸⁰ Vgl. Schleswig-Holsteinischer Landtag Drucksache 17/1785.

⁸¹ Vgl. GlüStV vom 15. Dezember 2011.

⁸² Vgl. § 27 bzw. §§ 24 ff. GlüStV.

⁸³ Vgl. *Dietlein*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Einf. Rn. 1.

⁸⁴ Vgl. *Dietlein*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Einf. Rn. 8.

⁸⁵ Vgl. beispielsweise zu den Sportwetten BVerfGE 115, 276 (318).

schaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen) ohne das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte [...]“ [Hervorhebung durch den Verfasser].

Hierbei wird vor allem darum gestritten, inwieweit sich diese Kompetenzzuordnung auf den Bereich des zum Zeitpunkt der Verfassungsänderung bestehenden § 33i GewO beschränkt.⁸⁶ Im Umkehrschluss bedeutete eine solche Beschränkung nämlich, dass die von den §§ 33c, d und e GewO geregelten Bereiche sowie die aufgrund von § 33f GewO ergangenen Spielverordnungen von der Zuständigkeitszuordnung nicht erfasst wären.⁸⁷ Als Argument für eine solche Beschränkung wird der Sinn und Zweck der durch die Föderalismusreform den Ländern übertragenen Gesetzgebungskompetenz, nämlich der Bezug zu lokal beschränkten Themen, genannt.⁸⁸ Es wird darauf hingewiesen, dass die in den §§ 33c bis f und in der Spielverordnung enthaltenen Regelungen Wertungen über die Funktionsweise und Sicherheitsaspekte von Spielgeräten enthielten, die bereits zugunsten einheitlicher länderübergreifender Lebensverhältnisse dem Bundesgesetzgeber zustehen sollen. Ein weiteres ähnliches Beispiel sieht *Schönleiter* im ebenfalls genannten Recht der Gaststätten, bei dem er zu Recht darauf hinweist, dass lediglich die lokalen gaststättenspezifischen Bestimmungen von der Gesetzgebungskompetenz der Länder umfasst sein sollen, nicht hingegen die Frage der Preisangaben oder arbeitsrechtliche Fragestellungen.⁸⁹

In diesem Kontext weisen Autoren wie *Dietlein* und *Reeckmann* allerdings zu Recht auf das Problem hin, dass eine solche Auslegung das Verfassungsrecht über seinen Wortlaut hinaus beschränken würde und dazu führe, dass das Verfassungsrecht sich dem einfachen Recht

⁸⁶ So *Brugger*, ZfWG 2008, 20 (22).

⁸⁷ Vgl. *Schönleiter*, GewArch 2006, 371 (373).

⁸⁸ Vgl. *Schönleiter*, GewArch 2006, 371 (372).

⁸⁹ Vgl. *Schönleiter*, GewArch 2006, 371 (372).

anpasse, was freilich in eklatantem Widerspruch zur Normenhierarchie stünde.⁹⁰ Diese Frage ist bislang nicht Gegenstand eines Bundes-Länder-Streits vor dem Bundesverfassungsgericht gewesen und konnte somit keine endgültige Klärung erfahren. Die oben erwähnte und von *Dietlein* geforderte Neuregelung der Kompetenzen in diesem Bereich könnte in dieser Sache Klarheit schaffen.

Auch im Hinblick auf die verfolgten Ziele enthält der GlüStV Neuerungen gegenüber dem Vorgängervertrag.⁹¹ Diese sollen durch eine Kanalisierung des Glücksspielbedürfnisses der Bevölkerung in die zugelassenen und überwachten Glücksspielangebote erreicht werden.⁹² Auslöser dieser neuen Zielbestimmung war die deutliche Zunahme an Schwarzmarktspielangeboten in den vergangenen Jahren, speziell im Bereich in der Sportwetten,⁹³ welchen durch die Einführung der sogenannten „Experimentierklausel“ des § 10a begegnet werden soll, die es – zeitlich befristet, quasi als Testmodell – erlaubt, Konzessionen für Sportwetten an private Anbieter zu erteilen.⁹⁴

⁹⁰ So *Dietlein*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Einf. Rn. 13 mit weiteren Beispielen und *Reeckmann*, ZfWG 2010, 229 (234 f.).

⁹¹ Siehe zu den Zielen des Glücksspielrechts Abschnitt B II 3.

⁹² Vgl. § 1 Nr. 2 GlüStV.

⁹³ Vgl. *Dietlein*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 1 Rn. 2.

⁹⁴ Vgl. *Unterreitmeier*, NJW 2013, 127 (128).

II. Zielsetzung des Spielrechts

Wie im Verlauf der Arbeit dargestellt werden wird, besteht keine einheitliche Kodifizierung des Spielrechts. Den verschiedenen Gesetzen und Verordnungen, die sich der Spielrechtsmaterie widmen, liegen daher zum Teil verschiedene gesetzgeberische Intentionen zugrunde. Auch besteht eine – bereits kurz angesprochene – im Grundgesetz verankerte uneinheitliche Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) für den Bereich der Glücksspiele, welche naturgemäß die Herstellung einer angestrebten – und unionsrechtlich geforderten – nicht lediglich sektoralen Kohärenz der Spielrechtsregelungen erschwert. Die Herausforderungen, die dies an den Gesetzgeber stellt, sollen im Verlauf dieser Arbeit beleuchtet werden. Einleitend soll auf Grundlage des GlüStV und der §§ 284 ff. StGB zunächst ein Überblick über die Zielsetzungen des Spielrechts und die geschützten Rechtsgüter erfolgen.

1. Spiel(an)trieb

„*Spiel ist älter als Kultur*“; mit dieser Feststellung eröffnet *Johan Huizinga* seine Untersuchung zum Ursprung der Kultur im Spiel, in deren Verlauf er dem Homo sapiens – dem weisen Menschen – bzw. dem Homo faber – dem schaffenden Menschen – den Homo ludens, den spielenden Menschen zur Seite stellen wird.⁹⁵

Dies vorangestellt müssen die Ausführungen zur Zielsetzung und den Schutzgütern des Glücksspielrechts im Lichte der folgenden zwei Thesen erfolgen:

1. Der menschliche Spieltrieb ist eine anthropologische Konstante.⁹⁶

⁹⁵ *Huizinga*, Homo ludens, S. 7, 9.

⁹⁶ *Ohlmann*, WRP 2005, 48 (48).

2. Das Spiel hat einen Sinn.⁹⁷

Die erste These ist von Historikern, Psychologen⁹⁸ und Entwicklungsbiologen – mit wenigen Ausnahmen⁹⁹ – anerkannt, auch wenn zu Recht angemerkt wird, dass der Spieltrieb kein menschliches Alleinstellungsmerkmal ist,¹⁰⁰ wie auch *Huizinga* anschaulich an dem Bild junger spielender Hunde verdeutlicht.¹⁰¹

Auch die Rechtsprechung schließt sich dieser Auffassung an. So stellte etwa das BVerfG, welches 1970 darüber zu entscheiden hatte, ob Teile der Spielbankverordnung vom 27. Juli 1938 als Bundesrecht fortgalten, in diesem Zusammenhang fest, dass „...*die Zulassung von Spielbanken vielmehr nur dahin verstanden werden [kann (Anm. des Verf.)], dass durch sie die natürliche Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung geschützt werden soll*“. Im weiteren Verlauf des Urteils spricht das BVerfG noch von einem „*im Grunde nicht zu verhindernde[n] Spielbetrieb*“, um dann zu resümieren: „*Sie [die Konzessionierung von Spielbanken (Anm. des Verf.)] wird vielmehr wesentlich und entscheidend bestimmt durch die öffentliche Aufgabe, das illegale Glücksspiel um Geld einzudämmen und dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen.*“¹⁰² [Hervorhebung durch den Verfasser]. Auch der BGH legt diesen „nicht zu unterdrückenden Spieltrieb“ seinen Urteilen zugrunde.¹⁰³

Geht man nun davon aus, dass uns ein Spieltrieb, ja sogar ein nicht zu unterdrückender Spieltrieb innewohnt, so stellt sich die Frage nach dessen Sinn. Diese Frage ist zu trennen von der Frage nach den Ursachen und der Klassifizierung der Spielsucht, welche in dem diesem Abschnitt folgenden Teil angerissen werden soll.

Huizinga sieht das Spiel, genauer das Spielvermögen und die Spielneigung als für den Menschen unentbehrlich an. Zum einen habe das

⁹⁷ *Huizinga*, *Homo ludens*, S. 9.

⁹⁸ Vgl. *Brown/Vaughan*, *Play*, S. 15 ff.

⁹⁹ Vgl. etwa *Kellermann*, in: *Alberti/Kellermann*, S. 28, 57, der die Existenz eines Spieltriebes, jedenfalls aber die eines Glücksspieltriebes für ein „*Märchen*“ hält.

¹⁰⁰ *Lampe*, in: *Rehbinder/Usteri*, S. 211.

¹⁰¹ *Huizinga*, *Homo ludens*, S. 9.

¹⁰² BVerfGE 28, 119 (148); bestätigt durch BVerfGE 102, 197 (215).

¹⁰³ Vgl. etwa BGHZ 191, 205 (209); BGHZ 165, 276 (278 f.).

Spiel eine biologische Funktion für die Einzelperson.¹⁰⁴ Diese Funktion, auf welche *Huizinga* nur am Rande eingeht, wurde in der Folgezeit von Entwicklungspsychologen konkretisiert. Auch wenn die Deutungen im Einzelnen umstritten sind, so ist eine Hauptthese die Verarbeitung – eventuell auch Heilung – von Emotionen, Spannungen und seelischen Erkrankungen sowie die Übung und Förderung der praktischen und symbolischen Intelligenz.¹⁰⁵

Mehr noch als aufgrund der biologischen Funktion des Spieles für die Einzelperson resultiere dessen Unentbehrlichkeit jedoch in der Kulturfunktion, die das Spiel für die Gemeinschaft übernimmt.¹⁰⁶ Diese „*ernste Seite*“ gesteht *Huizinga* hierbei ausdrücklich auch dem Glücksspiel zu.¹⁰⁷ Das Spiel sei demnach nicht eine Kulturerscheinung unter vielen, vielmehr entstehe Kultur in Form von Spiel. Kultur werde also anfänglich gespielt. Auch wenn das Spielelement dabei allmählich in den Hintergrund trete, durchziehe es folglich alle großen Betätigungen des menschlichen Zusammenlebens.¹⁰⁸ Kultur wächst mithin als und in Spiel auf.¹⁰⁹ So wird beispielsweise der Kampf im Medium des Spiels zum Wettstreit gebändigt.¹¹⁰ Dies deckt sich auch mit den Auffassungen anderer Autoren, die speziell bezüglich des Glücksspieles den Antrieb zum Teil differenziert anhand des gesellschaftlichen und kulturellen Umfeldes deuten. So sehen einige Autoren als Antrieb des frühen Glücksspieles nicht das Gewinnstreben, sondern das „*ausgeprägte Bedürfnis, die Gefahr zu suchen und sich in ihr zu bewähren*“.¹¹¹ Zink unterscheidet hierbei zwischen den Germanen, denen das Spiel als Mutprobe diene, und den Römern, welche im Spiel vornehmlich „*eine Möglichkeit der Zerstreuung und der leichten Vermögensvermehrung*“ sahen.¹¹² In *Huizingas* Worten: „*Spiel ist Kampf, und Kampf ist Spiel*“.¹¹³

¹⁰⁴ *Huizinga*, Homo ludens, S. 16 f.

¹⁰⁵ Vgl. *Flitner*, in: *Huizinga*, Homo ludens, S. 235 ff. m.w.N.

¹⁰⁶ Vgl. *Huizinga*, Homo ludens, S. 17.

¹⁰⁷ *Huizinga*, Homo ludens, S. 69.

¹⁰⁸ Vgl. *Huizinga*, Homo ludens, S. 57.

¹⁰⁹ *Huizinga*, Homo ludens, S. 59.

¹¹⁰ *Flitner*, in: *Huizinga*, Homo ludens, S. 232.

¹¹¹ Zink, Spielbanken in Deutschland, S. 9; *Schuster*, Das Spiel, S. 30 f.

¹¹² Zink, Spielbanken in Deutschland, S. 11.

¹¹³ *Huizinga*, Homo ludens, S. 52.

Selbst das Recht findet demnach seinen Ursprung im Spiel. Der gerichtliche Parteienstreit etwa sei in seinem Ursprung ein an feste Regeln gebundener Kampf – ein Wettkampf. Der Wettkampf oder Wettstreit wiederum ist untrennbar mit dem Spiel verbunden. Destilliert man den Rechtsstreit zurück auf seine ursprünglichste und primitivste Form, so begegnet man Rechtsentscheidungen durch Glück (Losurteil, „Gottesurteil“) oder Geschicklichkeitsspiele (beispielsweise die Bestimmung eines Grenzverlaufes durch einen Wettlauf oder einen Beilwurf¹¹⁴).¹¹⁵

2. Pathologisches Spielverhalten („Spielsucht“)

Ist der Spieltrieb in uns verankert, so bedarf seine Beschränkung einer Legitimation. Bereits die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes als besondere Ausprägung des grundgesetzlich verankerten Rechtsstaatsprinzips besagt, dass jeder Eingriff des Staates seinem Volk gegenüber einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf.¹¹⁶ Dies gilt insbesondere für das Glücksspiel, wird hier ja nicht nur der Spieltrieb, sondern auch das Glück bzw. die Möglichkeit, sich ihm auszuliefern, kontrolliert.¹¹⁷ Verlagert man den Fokus vom Spieler auf den sich beruflich mit Glücksspielen oder Sportwetten befassenden Veranstalter, so kann die Regulierung überdies eine objektive Zulassungsschranke darstellen.¹¹⁸ Nach ständiger Rechtsprechung sind solche nur ge-

¹¹⁴ *Huizinga*, *Homo ludens*, S. 95; vgl. auch den Trommelwettstreit der Eskimos als Beispiel einer Gerichtsverhandlung in Spielform, *Huizinga*, *Homo ludens*, S. 98 f.

¹¹⁵ Vergleiche zum Verständnis von Glück als göttlichem Willen auch unten die Ausführungen zur historischen Entwicklung.

¹¹⁶ *Maurer*, *Staatsrecht I*, S. 211; *Stein/Frank*, *Staatsrecht*, S. 162 f.

¹¹⁷ *Lampe*, in: *Rehbinder/Usteri*, S. 215 stellt in diesem Zusammenhang die Frage nach *kontrolliertem* Glück als Ziel der Rechtspolitik.

¹¹⁸ Vgl. *Pischel*, *JA* 2008, 202 (203); *BVerfGE* 115, 276 (300).

rechtfertigt, wenn sie dem Schutz eines überragend wichtigen Gemeinwohlziels dienen.¹¹⁹ Als solch ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel muss die Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren gesehen werden.¹²⁰

a) Terminologie

Terminologisch ist zunächst Folgendes anzumerken: *Hufen* meint erkannt zu haben, dass „in der seriösen Diskussion des Themas der Begriff der «Spielsucht» eher gemieden“ wird. In „seriösen Diskussionen“ ist ihm zufolge von „pathologischem Spielverhalten“ die Rede.¹²¹ Da neben den Gesetzestexten und ihren Begründungen auch die sich mit den Regelungen befassenden Urteile, Kommentierungen und Aufsätze in großen Teilen den Begriff der Spielsucht verwenden und selbst *Hufen* diesen wohl nicht allesamt eine gewisse Seriosität absprechen wird, werden im Verlauf dieser Arbeit beide Begrifflichkeiten Anwendung finden. Geht man davon aus, dass der Begriff pathologisches Spielen für die breite Öffentlichkeit abstrakter wirkt und emotional nicht so aufgeladen ist wie der Begriff „Sucht“, zu dem auch der Laie (ausschließlich negative!) Assoziationen bildet, so muss *Hufens* Interesse an terminologischen Nuancen und seine Intention, den Begriff „Sucht“ im Zusammenhang mit Glücksspielen zu vermeiden, wohl auch im Lichte der Tatsache, dass seine Ausführungen hierzu im Rahmen eines Rechtsgutachtens erfolgen, welches er für den Verband der Deutschen Automatenindustrie (VDAl) erstellte, betrachtet werden.¹²²

¹¹⁹ BVerfGE 7, 377 (406).

¹²⁰ BVerfGE 115, 276 (284, 304); a.A. *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, S. 35.

¹²¹ *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, S. 11.

¹²² In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass auch *Hartmann*, welcher im Auftrag der Casino Merkur Spielothek GmbH ein Gutachten erstellte, den Begriff Spielsucht – allerdings mit weniger Pathos als *Hufen* – ablehnt und von pathologischem Spiel spricht, vgl. *Hartmann*, in: *Hartmann/Pieroth*, S. 113.

b) Phänomen

Bereits Ende des 19. Jahrhunderts gingen Fachleute von vier wesentlichen Suchtarten aus: der Trunk-, Morphin-, Kokain- und Spielsucht.¹²³ Etwa in diese Zeit fällt auch die Veröffentlichung von Fjodor Dostojewskijs Roman „Der Spieler“ (1866).¹²⁴ Dostojewskij, der selbst der Spielsucht verfiel und in den 60er-Jahren des 19. Jahrhunderts wiederholt sein Vermögen verspielte,¹²⁵ weshalb in der Literatur teilweise von stark autobiografischen Zügen seines Buches ausgegangen wird,¹²⁶ liefert hierin eine eindrucksvolle Beschreibung der Entstehung und Verfestigung der Spielsucht aus jener Epoche. Wie realistisch und aktuell die Beschreibung dieses Niedergangs über die Jahre geblieben ist, zeigt etwa der Vergleich mit dem wahren Fall des 47-jährigen technischen Angestellten S. aus Bad Salzuflen, dessen „*Spielerkarriere*“ Meyer im Jahre 1986 als Fallstudie im Rahmen seiner Veröffentlichung zum Zusammenhang von Glücksspielsucht und delinquentem Verhalten ins Felde führt.¹²⁷

Dostojewskijs Titelheld, der junge, als Hauslehrer arbeitende Alexej Iwanowitsch beschreibt in Form von chronologischen Aufzeichnungen seine Erlebnisse im fiktiven deutschen Kurort Roulettenburg. Seine Beobachtungen zeigen eine geschlossene Scheinwelt voller gebrochener Gestalten, Taschendiebe und Gauner.¹²⁸ Von Beginn an begegnet Alexej Spielern, die nur noch mechanisch agieren; bleiche Gestalten mit funkelnden Augen und zitternden Händen, die „*kaum bei Sinnen*“ schienen und denen man ansah, dass diese Menschen „*verloren*“ seien.¹²⁹ Trotz dieser Beobachtungen und der Warnungen, welche er nicht zuletzt auch durch die horrenden Verluste der angereisten Antonida Wassiljewna erfuhr, gerät auch der Titelheld in den Abwärtsstrudel der Spielsucht. Bereits von Beginn an ist er überzeugt, dass

¹²³ Grüsser-Sinopoli/Albrecht, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli, § 25 Rn. 3.

¹²⁴ Dostojewskij, Der Spieler.

¹²⁵ Vgl. Daten zu Leben und Werk, Dostojewskij, Der Spieler, S. 242 ff.

¹²⁶ Vgl. Nachwort, Dostojewskij, Der Spieler, S. 238.

¹²⁷ Meyer, Kriminalistik 1986, 212 (214).

¹²⁸ Vgl. etwa Dostojewskij, Der Spieler, S. 109.

¹²⁹ Dostojewskij, Der Spieler, S. 111 f.

das Roulette sein „*einzigster Ausweg und [seine (Anm. des Verf.)] Rettung ist*“.¹³⁰ In ihm gärt der Wunsch, das Schicksal herauszufordern, „*ihm einen Nasenstüber zu geben und ihm die Zunge herauszustrecken*“.¹³¹ Bereits zu diesem Zeitpunkt manifestiert sich in ihm eine – den ganzen Roman durchziehende – völlige Überzeugung des Gewinneintritts, sodass auch ein eintretender „*absurder und chaotischer Verlust in [ihm (Anm. des Verf.)] keinerlei Zweifel hinterließ*“.¹³² Es folgt die Einsicht „*Ich selbst war ein Spieler*“,¹³³ die den Niedergang jedoch nicht aufhalten kann. Rückblickend vergingen die Spielepisoden für Alexej wie ein Traum, er befand sich in Trance.¹³⁴ Es tritt eine Selbstentfremdung ein, in der er jeglichen Bezug zur Realität und zum Spiel verliert und weder Gewinne noch Verluste zählt. Beschlich ihn anfangs ob seiner Verluste noch eine „*maßlose Wut*“, so wurden er und seine Teilnahme am Spiel immer empfindungsloser und mechanischer.¹³⁵ Das Glücksspiel, insbesondere das Roulette bestimmt zu diesem Zeitpunkt vollständig sein Leben, sodass er selbst im Schlaf nur das Spiel sieht und alle Energie hierauf verwendet.¹³⁶

Das Unausweichliche tritt ein: Nach anfänglichen Gewinnen folgt schnell der völlige finanzielle und soziale Absturz, der in einem aus Spielschulden resultierenden Gefängnisaufenthalt und der anschließenden Tätigkeit als Diener mündet.

Auch eine letzte Hilfestellung durch einen alten Bekannten lässt Alexej Iwanowitsch verstreichen. Für den sich selbst mit der Aussicht, er würde aufhören, sobald er das Verlorene wiedergewonnen hätte, betrugenden Protagonisten zählt nur noch der Augenblick und so klammert er sich an seine letzte Hoffnung großer, zu Anerkennung führender Roulette-Erfolge: „*Morgen kann ich von den Toten auferstehen und ein neues Leben beginnen!*“¹³⁷

¹³⁰ Dostojewskij, Der Spieler, S. 27.

¹³¹ Dostojewskij, Der Spieler, S. 36.

¹³² Dostojewskij, Der Spieler, S. 45, 208.

¹³³ Dostojewskij, Der Spieler, S. 116.

¹³⁴ Dostojewskij, Der Spieler, S. 148, 170.

¹³⁵ Dostojewskij, Der Spieler, S. 124, 148, 170 f., 186.

¹³⁶ Dostojewskij, Der Spieler, S. 208.

¹³⁷ Dostojewskij, Der Spieler, S. 206.

c) Klassifizierung

Diese dramatischen Auswirkungen vor Augen, vermag es nicht zu überraschen, dass das pathologische Glücksspiel seit 1991 auch von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) als eigenständige psychische Erkrankung anerkannt wird,¹³⁸ wobei die erfolgte Einordnung als „Impulskontrollstörung“ insbesondere im Hinblick auf das aus der Klassifizierung folgende Behandlungskonzept zum Teil kritisiert wird.¹³⁹ Andere Autoren sprechen sich daher für eine Klassifikation des pathologischen Glücksspiels als „Zwangsspektrumstörung“ aus. Eine Impulskontrollstörung wird vom ICD-Klassifikationssystem definiert als eine Verhaltensstörung, *„die durch wiederholte Handlungen ohne vernünftige Motivation gekennzeichnet [ist (Anm. des Verf.)], die nicht kontrolliert werden können und die meist die Interessen des betroffenen Patienten oder anderer Menschen schädigen“*¹⁴⁰. Eine Zwangsspektrumstörung hingegen ist eine Störung, *„die durch intensiven, unangenehm empfundenen Drang, eine bestimmte Handlung durchführen zu müssen“* gekennzeichnet ist.¹⁴¹

Alternativ zum Konzept der Impulskontroll- bzw. Zwangsspektrumstörung wird das Verhalten des pathologischen Spielers zum Teil auch als eine nichtstoffgebundene Sucht¹⁴² bzw. Form der Verhaltenssucht verstanden.¹⁴³ Nach einem Vorschlag der zuständigen Arbeitsgruppe plant die WHO jedoch momentan eine Reklassifikation, die den wertneutraleren Begriff „Gambling Disorder“ verwendet.¹⁴⁴

¹³⁸ Vgl. Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Revision, German Modification (ICD-10-GM), Kapitel V, Kategorie 63.0, abrufbar im Internet: <<http://www.dimdi.de/static/de/klassi/icd-10-who/kodesuche/onlinefassungen/htmlamtl2013/block-f60-f69.htm>> (Stand: 13.06.2016); *Albrecht/Gebhardt*, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli, § 24 Rn. 1.

¹³⁹ *Grüsser-Sinopoli/Albrecht*, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli, § 25 Rn. 7 m.w.N.

¹⁴⁰ Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Revision, German Modification (ICD-10-GM), F63.

¹⁴¹ *Grüsser-Sinopoli/Albrecht*, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli, § 25 Rn. 8.

¹⁴² *Meyer*, Kriminallistik 1986, 212 (212).

¹⁴³ Vgl. *Bönning*, in: Alberti/Kellermann, S. 39 ff.; *Grüsser-Sinopoli/Albrecht*, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli, § 25 Rn. 9 m.w.N.

¹⁴⁴ *Meyer*, ZRP 2013, 140 (140).

d) Rechtliche Relevanz

Verwandt mit der Frage nach der Klassifizierung ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Täter im Rahmen eines Strafverfahrens eine Berufung auf § 20 StGB wegen „pathologischen Spielens“ zugebilligt werden kann. Dieser Problemkreis entfernt sich jedoch zu weit von den zentralen Zielen dieser Arbeit, als dass er eine eingehende Betrachtung erlauben würde. Ein Verweis auf die Stellungnahmen des BGH muss daher an dieser Stelle genügen. Der BGH setzte sich in seinem Beschluss vom 8.11.1988 erstmals mit dieser Frage auseinander und vertrat eine restriktive Handhabung.¹⁴⁵ Auch die heute Geltung beanspruchende ständige Rechtsprechung, zuletzt bestätigt durch BGH-Urteil vom 6.03.2013, sieht in der Spielsucht für sich genommen keine krankhafte seelische Störung, allerdings *„können in schweren Fällen psychische Defekte und Persönlichkeitsveränderungen auftreten, die eine ähnliche Struktur und Schwere wie bei den stoffgebundenen Suchterkrankungen aufweisen, und es kann zu schweren Entzugerscheinungen kommen“*, sodass im konkreten Einzelfall doch eine schwere andere seelische Abartigkeit im Sinne des § 20 StGB vorliegen kann.¹⁴⁶ Ungeachtet der angesprochenen Klassifizierungsfrage geht auch das BVerfG in seinem „Sportwettenurteil“¹⁴⁷ davon aus, dass Glücksspiele und Wetten zu krankhaftem Suchtverhalten führen können.

Als Maß für die Verbreitung einer Krankheit innerhalb einer Population dient dabei die Prävalenzrate.¹⁴⁸ Auch wenn von einer hohen Dunkelziffer auszugehen ist,¹⁴⁹ gehen Studien davon aus, dass bei 0,21 % bis 0,68 % (116.000 – 362.000 Personen) der deutschen Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten und bei 0,19 % bis 0,82 %

¹⁴⁵ BGH, Beschluss vom 8.11.1988 – 1 StR 554/88, NStZ 1989, 113.

¹⁴⁶ BGHSt 58, 192 (194). Kritisch bzgl. der sehr restriktiven Annahme *Kellermann*, StV 2005, 287 (290 ff.).

¹⁴⁷ BVerfGE 115, 276 (304 f.).

¹⁴⁸ Die Prävalenzrate wird als Quotient der Zahl der Erkrankungen in einem Untersuchungszeitraum und der exponierten Personen gebildet und mit dem Faktor 100 multipliziert; *Lampe*, in: Rehbindner/Usteri, S. 217.

¹⁴⁹ *Grüsser-Sinopoli/Albrecht*, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli, § 25 Rn. 19.

(104.000 – 436.000 Personen) ein pathologisches Spielverhalten vorliegt.¹⁵⁰

Das Gefährdungspotenzial, eine Sucht zu entwickeln, ist hierbei – wie auch der EuGH konstatiert¹⁵¹ – für jeden Spieltyp unterschiedlich und wird, wie bei „klassischen“, körperlichen Suchtmitteln, über den Anteil der süchtig gewordenen Konsumenten an der Gesamtgruppe der Konsumenten eines Suchtmittels bestimmt.¹⁵² Bezüglich der dem Urteil des BVerfG zugrunde liegenden Oddset-Sportwetten liegt das Gefährdungspotenzial etwa insbesondere in der für diese Wetten typischen emotionalen Beteiligung und Ereignisfrequenz.¹⁵³ Hinzu kommt aufgrund der den Sportwettereignissen innewohnenden Komplexität eine Überschätzung der Gewinnwahrscheinlichkeit, da Niederlagen als „Fast-Gewinne“ wahrgenommen werden, weil sich *„a posteriori diverse Gründe der Rechtfertigung anführen lassen, warum die Vorhersage eigentlich richtig gewesen sei“*.¹⁵⁴

Einer der Gefährdungsfaktoren der Oddset-Sportwetten lässt sich jedoch auf alle Arten von Internet-Glücksspielen übertragen: das Problem der fehlenden sozialen Kontrolle, welche die Anonymität des Internets mit sich bringt.¹⁵⁵ Es sind nicht zuletzt diese – das Glücksspiel im Internet prägenden – Besonderheiten, die in dieser Arbeit beleuchtet werden sollen. Es soll insbesondere überprüft werden, ob der bestehende rechtliche Rahmen geeignet ist, den durch die Verschmelzung der von Glücksspielen ausgehenden Suchtrisiken mit dem Gefährdungspotenzial der *„Droge Internet“*¹⁵⁶ entstehenden Gefahren zu begegnen.

¹⁵⁰ Meyer, in: Jahrbuch Sucht 2016, S. 140.

¹⁵¹ EuGH, Urteil vom 8.09.2010, Rs. C-46/08 (Carmen Media Group), Slg. 2010, I-08149 (Rn. 62 f.). Vgl. hierzu sogleich auch Abschnitt E I 3 b.

¹⁵² Kellermann, in: Alberti/Kellermann, S. 53.

¹⁵³ Hayer/Meyer, Sucht 2003, 212 (214).

¹⁵⁴ Hayer/Meyer, Sucht 2003, 212 (215); vgl. hierzu auch Dostojewskij, Der Spieler, S. 132 f.

¹⁵⁵ Hayer/Meyer, Sucht 2003, 212 (217).

¹⁵⁶ Demmel, Sucht 2011, 7 (7); vgl. auch den aktuellen Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD *„Deutschlands Zukunft gestalten“*, S. 100, welcher auf die Gefahren von online-basiertem Suchtverhalten verweist.

3. Konfliktfeld zwischen fiskalischem Interesse und staatlichen Schutzpflichten?

Die deutsche Glücksspielpolitik und die hieraus resultierende rechtliche Regelung des Glücksspieles werden zum Teil heftigst kritisiert. Bevor im Rahmen dieser Arbeit einzelne Regelungen auf ihre Geeignetheit hin untersucht und Verbesserungsvorschläge erarbeitet werden, soll zunächst ein grundsätzlicher Vorwurf, der dem deutschen Glücksspielrecht anhaftet, thematisiert werden. Hierbei geht es um die Unterstellung, dass der Gesetzgeber „*vorgeschobenene Zielsetzungen*“ anführe, obwohl der wahre Beweggrund in der Sicherstellung der aus dem Glücksspiel resultierenden staatlichen Einnahmen liege.¹⁵⁷ *Pieroth* etwa untermauert diesen Generalverdacht gegenüber dem Gesetzgeber, wenn er feststellt, „*dass in kaum einem anderen Politikbereich so viel geheuchelt wird wie hier.*“¹⁵⁸

a) Fiskalische Interessen

Anknüpfend auf den historischen Überblick kann festgestellt werden, dass Spielverbote meist die gesetzgeberische Reaktion auf eine Periode des exzessiven Spieltriebes waren. Erlaubnisse wurden wiederum vor allem dann erteilt, wenn die Kassen des Staates und der Kirche leer waren.¹⁵⁹ Das auch heute noch bestehende fiskalische Interesse des Staates lässt sich an Zahlen belegen: Im Jahr 2014 beliefen sich die öffentlichen Einnahmen aus Glücksspielen auf über 3,5 Milliarden Euro. Zählt man noch die kommunalen Vergnügungssteuern und die Umsatzsteuer hinzu, die von den Aufstellern von Glücksspielautomaten entrichtet werden, belaufen sich die staatlichen Einnahmen

¹⁵⁷ Vgl. *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, § 1 GlüStV Rn. 3; vgl. *Hufen*, JuS 2013, 1 (6); *ders.*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, S. 18, 36.

¹⁵⁸ Vgl. *Hartmann/Pieroth*, in: *Hartmann/Pieroth*, S. 5.

¹⁵⁹ *Brandl*, Spielleidenschaft und Strafrecht, S. 9; *Roth*, Das grosse Los, S. 48 f.

sogar auf über 4,7 Milliarden Euro.¹⁶⁰ Einen ersten Überblick über Entwicklung und Verteilung der Glücksspielumsätze sowie die Entwicklung der öffentlichen Einnahmen aus Glücksspielen sollen folgende Abbildungen liefern:

aa) Abbildung 1: Umsätze auf dem regulierten deutschen Glücksspiel-Markt (in Mio. Euro)¹⁶¹

Glücksspiel	Erhebungsjahr							Veränderung in 2014 gegenüber Vorjahr in %
	1974	1982	1992	2002	2012	2013	2014	
Spielbank	1.023	3.426	6.854	10.900	5.935	5.800	5.650	-2,6
Spielhalle/Gaststätte	-	1.050	-	5.710	19.213	19.869	20.524	3,3
Lotto / Toto-Block								
Zahlenlotto	1.407,0	2.634,0	4.144,0	5.309,0	3.591,0	4.075,1	4.004,2	-1,7
Eurojackpot	-	-	-	-	321,0	493,5	604,4	22,5
Fußballtoto	143,0	166,0	168,0	95,0	45,0	42,2	42,4	0,5
Oddset	-	-	-	541,0	140,0	134,1	158,9	18,5
Spiel 77	-	438,0	802,0	1.044,0	1.128,0	1.082,7	1.003,3	-7,3
Super 6	-	13,0	229,0	733,0	477,0	458,3	424,3	-7,4
Glücksspirale	55,0	42,0	159,0	245,0	229,0	233,1	223,7	-4,0
Sofort-Lotterien	-	-	287,0	269,0	277,0	297,4	318,2	7,0
Bingo	-	-	-	75,0	61,0	63,8	59,8	-6,3
Kento	-	-	-	-	132,0	130,8	127,2	-2,8
Plus 5	-	-	-	-	14,0	13,2	12,6	-4,5
Gesamt	1.605	3.239	5.788	8.311	6.415	7.024	6.979	-0,6
Klassenlotterie	46	232	941	1.336	396	359	352	-1,9
Fernsehloterie	-	129	172	427	604	602	614	2,0
Gewinnsparen	-	194	384	443	493	502	518	3,2
Pferdewetten	245	350	445	231	56	53	51	-3,8
Gesamtumsatz	2.919	8.620	14.584	27.358	33.112	34.209	34.688	1,4

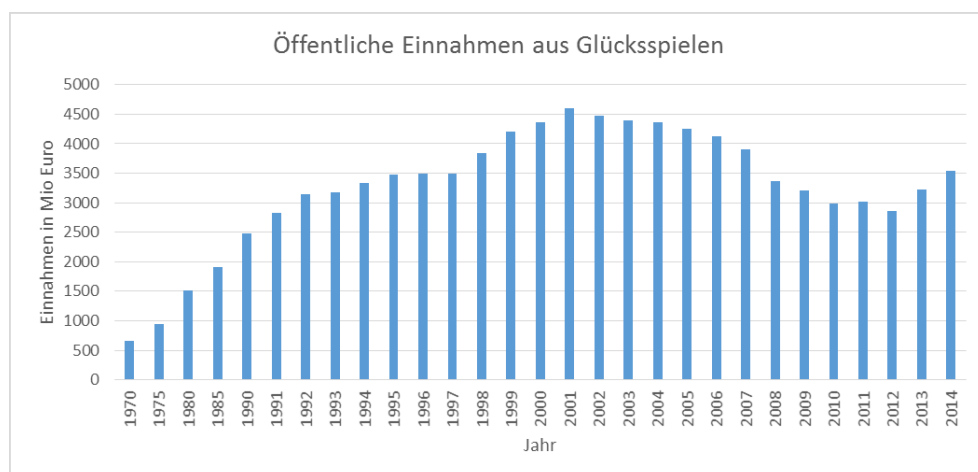
¹⁶⁰ Vgl. Meyer, in: Jahrbuch Sucht 2016, S. 133 f.; vgl. grundlegend zur Besteuerung von Glücksspielen Bareis/Kahle, in: Glücksspiel im Umbruch, 37 (40 ff.).

¹⁶¹ Vgl. Meyer, in: Jahrbuch Sucht 2016, S. 129.

bb) Abbildung 2: Verteilung des Gesamtumsatzes der Glücksspiel-Anbieter nach Spielform¹⁶²

Glücksspiel	Erhebungsjahr						
	1974	1982	1992	2002	2012	2013	2014
Spielbank	35,0%	39,7%	47,0%	39,8%	17,9%	17,0%	16,3%
Spielhalle/Gaststätte	-	12,2%	-	20,9%	58,0%	58,1%	59,2%
Lotto / Toto-Block							
Zahlenlotto	48,2%	30,6%	28,4%	19,4%	10,8%	11,9%	11,5%
Eurojackpot	-	-	-	-	1,0%	1,4%	1,7%
Fußballtoto	4,9%	1,9%	1,2%	0,3%	0,1%	0,1%	0,1%
Oddset	-	-	-	2,0%	0,4%	0,4%	0,5%
Spiel 77	-	5,1%	5,5%	3,8%	3,4%	3,2%	2,9%
Super 6	-	0,2%	1,6%	2,7%	1,4%	1,3%	1,2%
Glücksspirale	1,9%	0,5%	1,1%	0,9%	0,7%	0,7%	0,6%
Sofort-Lotterien	-	-	2,0%	1,0%	0,8%	0,9%	0,9%
Bingo	-	-	-	0,3%	0,2%	0,2%	0,2%
Kento	-	-	-	-	0,4%	0,4%	0,4%
Plus 5	-	-	-		< 0,1%	< 0,1%	< 0,1%
Gesamt	55,0%	38%	39,7%	30,4%	19,4%	20,5%	20,1%
Klassenlotterie	1,6%	2,7%	6,5%	4,9%	1,2%	1,0%	1,0%
Fernsehloterie	-	1,5%	1,2%	1,6%	1,8%	1,8%	1,8%
Gewinnsparen	-	2,3%	2,6%	1,6%	1,5%	1,5%	1,5%
Pferdewetten	8,4%	4,1%	3,1%	0,8%	0,2%	0,2%	0,1%

cc) Abbildung 3: Öffentliche Einnahmen aus Glücksspielen¹⁶³



¹⁶² Vgl. Meyer, in: Jahrbuch Sucht 2016, S. 129.

¹⁶³ Vgl. Meyer, in: Jahrbuch Sucht 2016, S. 133.

b) Staatliche Schutzpflichten

Über ihre klassische Funktion als Abwehrrecht gegen den Staat hinaus¹⁶⁴ bilden die Grundrechte eine objektive Wertordnung, aus welcher sich neben Teilhaberechten des Bürgers auch Schutzpflichten des Staates ableiten lassen.¹⁶⁵ Aus den obigen Ausführungen zum pathologischen Spielverhalten lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass die Existenz eines vollständig unkontrollierten Glücksspielangebotes Gesundheitsgefahren für die Bürger begründet. Den Staat trifft somit die Pflicht, zum Schutz vor den mit dem Glücksspiel einhergehenden Gesundheitsgefahren tätig zu werden,¹⁶⁶ wobei dem Staat ein weiter Ermessensspielraum zukommt, welcher seine Grenzen im Unterraumverbot findet.¹⁶⁷ Auf den ersten Blick könnte es sich hier jedoch um eine freiwillige Selbstgefährdungen handeln, sodass fraglich sein könnte, ob der Staat ein Grundrecht auch gegen seinen Träger schützen kann.¹⁶⁸ Bei genauerer Betrachtung handelt es sich hier jedoch nicht um einen „aufgedrängten“ Grundrechtsschutz, da die Entscheidung zur Selbstgefährdung beim suchtkranken Spieler gerade nicht auf einer freien willentlichen Entscheidung beruht.¹⁶⁹ Darüber hinaus kann bereits bezweifelt werden, ob es sich tatsächlich um eine reine Selbstgefährdung und Selbstschädigung handelt oder ob nicht Rechte anderer bereits dadurch verletzt werden, dass etwa über die Therapie- und Folgekosten finanzielle Belastungen für das Sozialsystem und damit die Allgemeinheit entstehen.¹⁷⁰

Mithin besteht die Verpflichtung des Staates, zum Schutz der Bürger vor den Gefahren des Glücksspiels tätig zu werden.

¹⁶⁴ Vgl. zur Funktion der Grundrechte *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, S. 25 ff.; *Ipsen*, Staatsrecht II, S. 17 ff.

¹⁶⁵ *Singer*, JZ 1995, 1133 (1136); *Johnston*, Lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche im Glücksspielrecht, S. 49; BVerfGE 7, 198 (204 f.); BVerfGE 39, 1 (42); BVerfGE 88, 203 (251).

¹⁶⁶ Vgl. *Doehring*, in: FS Zeidler, 1553 (1555).

¹⁶⁷ Vgl. BVerfGE 39, 1 (51).

¹⁶⁸ Zur Frage des Grundrechtsschutzes gegen sich selbst vgl. *von Münch*, in: FS Ipsen, 113 (126 f.);

¹⁶⁹ Vgl. *Schwabe*, JZ 1998, 66 (70); *von Münch*, in: FS Ipsen, 113 (124 f.), welche dies am Beispiel von Selbsttötungen in psychischen Ausnahmesituationen erläutern.

¹⁷⁰ Vgl. *von Münch*, in: FS Ipsen, 113 (118 f.); kritisch hierzu *Doehring*, in: FS Zeidler, 1553 (1557 f.).

c) Konfliktfeld am Beispiel von Glücksspielstaatsvertrag und strafrechtlichen Normen

Die im weiteren Verlauf der Arbeit darzustellende Vielschichtigkeit glücksspielrechtlicher Regelungen soll zunächst daraufhin untersucht werden, ob den verschiedenen Regelungen eine einheitliche Zielsetzung zugrunde liegt. Mithin soll zunächst das durch die strafrechtlichen Normen der §§ 284 ff. StGB und die Regelungen des GlüStV geschützte Rechtsgut herausgearbeitet werden. Es soll untersucht werden, ob sich in einer dieser beiden Rechtsgrundlagen Anhaltspunkte dafür finden lassen, dass neben der bereits thematisierten Spielsuchtbekämpfung weitere legitime Ziele für die Beschränkung des Glücksspiels bestehen. Insbesondere soll geprüft werden, ob sich Anhaltspunkte finden, die den Schluss nahelegen, dass innerhalb dieser beiden zentralen Regelwerke fiskalische Interessen tatsächlich Zielsetzung glücksspielrechtlicher Regelungen sind. In einem späteren Schritt soll dann untersucht werden, ob ggf. das vom EuGH als Voraussetzung hervorgehobene Kohärenzgebot weitere Anforderungen an die Zielsetzung und an die Mittel zu deren Erreichung stellt.

aa) Zielsetzung des GlüStV

Wie bereits im GlüStV2008 ist es eines der Ziele des aktuellen GlüStV, das Entstehen von Glücksspielsucht und Wettsucht zu verhindern. Der GlüStV2012 formuliert jedoch darüber hinaus in seinem § 1 noch vier weitere Ziele, die dem Wortlaut der Norm nach gleichrangig sind. Diese Ziele sind: die Lenkung des Spieltriebes in geordnete Bahnen und die damit einhergehende Bekämpfung des Schwarzmarktes, der Jugend- und Spielerschutz, die Sicherstellung der ordnungsgemäßen Durchführung des Glücksspiels sowie die Wahrung der Integrität des sportlichen Wettbewerbs beim Veranstellen und Vermitteln von Sportwetten. Die Gleichrangigkeit dieser Zielvorgaben ist eine – zum Teil

kritisch aufgenommene¹⁷¹ – Neuerung gegenüber der Vorgängerregelung. Auch wenn der Wortlaut des GlüStV2008 bezüglich der Rangordnung der Ziele keine Aussage traf und somit auch keine explizite Vorrangigkeit bestimmter Ziele vorgab, so konnte eine Wertehierarchie, in der die Vermeidung der Suchtgefahren das Primärziel darstellte, jedenfalls aus der Gesetzesbegründung gezogen werden, in der es unter der Überschrift Kernziele des neuen Staatsvertrages beispielsweise heißt: „*Erstes und wichtigstes Ziel ist die Vermeidung und die Bekämpfung der Glücksspiel- und Wettsucht.*“¹⁷²

Zusätzlich zu den fünf in § 1 GlüStV genannten Zielen führen die Ausführungsgesetze einiger Länder zusätzliche Ziele auf, so etwa die „*Abwehr der Geldwäsche*“ oder die „*Gewährleistung eines sicheren und transparenten Spielbetriebes*“.¹⁷³ Da diese Ziele jedoch bereits von der Zielsetzung des § 1 GlüStV erfasst werden, handelt es sich hierbei lediglich um deklaratorische Ergänzungen.¹⁷⁴

Die Generierung von Einnahmen gehört somit nicht zur Zielsetzung des GlüStV. Eine Harmonisierung eines solchen Zieles mit der Zielsetzung einer effektiven Suchtbekämpfung wäre auch insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Deutsche Hauptstelle gegen die Suchtgefahren im September 1997 darauf hinwies, dass die Spielbanken und Spielhallen ohne die süchtigen Glücksspieler Zuschussbetriebe wären,¹⁷⁵ nicht möglich. Ein Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte oder in die Grundfreiheiten des AEUV ließe sich mit dieser Begründung ohnehin nicht rechtfertigen.¹⁷⁶

Zwar findet sich in § 10 Abs. 5 GlüStV folgende Formulierung:

„Es ist sicherzustellen, dass ein erheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen zur Förderung öffentlicher oder gemeinnütziger, kirchlicher oder mildtätiger Zwecke verwendet wird.“

¹⁷¹ Gebhardt/Postel, ZfWG 2012, 1 (5), welche lediglich die Spielsuchtbekämpfung als verfassungsrechtlich tragfähig ansehen und diese daher weiterhin als Primärziel gekennzeichnet haben wollen.

¹⁷² Hamburgische Bürgerschaft Drs. 18/7229, S. 13.

¹⁷³ Vgl. AG GlüStV NRW § 1.

¹⁷⁴ Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 1 GlüStV Rn. 20.

¹⁷⁵ Vgl. Kellermann, in: Alberti/Kellermann, S. 28.

¹⁷⁶ Art. 12 GG und Art. 56 AEUV; vgl. zur Rechtfertigungsmöglichkeit, Ruffert, in: Ep-ping/Hillgruber, Art. 12 Rn. 73; Manger-Nestler/Noack, JuS 2013, 503 (504).

Hierdurch wird jedoch lediglich eine Zweckbindung der Verwendung geschaffen, die insbesondere nicht auf eine Intensivierung dieser Einnahmen, welche bloße „Nebenfolgen“ des GlüStV sind, abzielt.¹⁷⁷

bb) Strafrechtlicher Schutz weiterer Rechtsgüter

Fraglich ist, ob auch die strafrechtlichen Glücksspieltatbestände einen über die Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren hinausgehenden Schutzzweck verfolgen. Zwar hat § 284 StGB einen verwaltungsakzessorischen Charakter, allerdings führt dies nicht zwangsläufig dazu, dass die bloß ordnungsrechtlichen Interessen mit den strafrechtlich geschützten Rechtsgütern identisch sind,¹⁷⁸ da es strukturelle Unterschiede zwischen öffentlich-rechtlicher Gefahrenabwehr und Strafrechtsschutz gibt.¹⁷⁹ Die Frage nach der genauen Bestimmung des durch die §§ 284 ff. StGB geschützten Rechtsgutes ist hierbei auch nicht nur rein akademischer Natur. Da die Genehmigungsbehörden ihrerseits eben aufgrund der Verwaltungsakzessorietät der strafrechtlichen Verbote dazu angehalten sind, den Schutzzweck der §§ 284 ff. StGB zu beachten,¹⁸⁰ hat die Bestimmung des Schutzgutes vielmehr auch einen konkreten Praxisbezug.¹⁸¹

In der strafrechtlichen Literatur und Rechtsprechung werden bezüglich Schutzzweck und Rechtsgut verschiedene Auffassungen vertreten. Im Folgenden sollen die verschiedenen Ansätze dargestellt werden. Hierbei soll zugleich der Versuch unternommen werden, die Vereinbarkeit der Ansätze mit der Funktion des Strafrechts, insbesondere seinem Ultima-ratio-Charakter,¹⁸² zu prüfen.

Die Integrität des sportlichen Wettbewerbs etwa, dessen Wahrung in § 1 Satz 1 Nr. 5 des Glücksspielstaatsvertrages zur Zielsetzung erklärt

¹⁷⁷ Dietlein/Postel, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 10 Rn. 27.

¹⁷⁸ Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 3.

¹⁷⁹ Hoyer, in: SK, § 284 Rn. 3.

¹⁸⁰ Vosskuhle/Bumke, Rechtsfragen der Sportwette, S. 15.

¹⁸¹ Mintas, Glücksspiele im Internet, S. 86.

¹⁸² Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 8; Rieß, NStZ 1981, 2 (5).

wird, hat keine Verankerung im Strafrecht. Ist aber die vollendete Verletzung der sportlichen Integrität des Wettbewerbes kein strafrechtlicher Anknüpfungspunkt, so kann bereits systematisch bedingt die abstrakte Gefährdung dieses „Rechtsgutes“ nicht Strafgrund des § 284 StGB sein.¹⁸³

Auch der Jugend- und Spielerschutz des § 1 Satz 1 Nr. 3 GlüStV kann nicht strafrechtliches Schutzgut sein, da es sich hierbei um persönliche Merkmale handelt, die ihren Trägern gegenüber zwar ein erhöhtes Verletzungsrisiko attestieren, allerdings keine Aussage über das Strafrechtsgut treffen, in welchem diese verletzt werden.¹⁸⁴

Wie der gesamte Umgang mit der Spielrechtsmaterie, so spiegelt auch die Bestimmung des Schutzgutes eine Momentaufnahme wider, die nicht losgelöst von aktuellen gesellschaftlichen Wertungen erfolgen kann. Gingen Reichsgericht¹⁸⁵ und Teile der Literatur¹⁸⁶ früher beispielsweise davon aus, Schutzgüter des § 284 StGB seien die öffentliche Sittlichkeit und Moral, so besteht heute Einigkeit dahingehend, dass die vermeintlich sittenverderbliche Wirkung der Spielleidenschaft keine valide Rechtfertigung einer Strafnorm darstellt. *Berg* merkt in diesem Zusammenhang an, dass bereits der notwendige empirische Nachweis des Wirkungszusammenhangs nicht erbracht werden kann.¹⁸⁷ Entscheidender ist jedoch die Tatsache, dass sittliche und moralische Werte in einer pluralistischen Gesellschaft mit mündigen Bürgern von vornherein als strafschtutzwürdige Güter ausscheiden müssen.¹⁸⁸ Das Gegenstück hierzu bildet das bereits erwähnte Schutzgut der Verhinderung der Spielsucht. Bildet dieses heute einen weitgehend anerkannten Schutzzweck, so wurde die Beziehung zwi-

¹⁸³ *Hoyer*, in: SK, § 284 Rn. 2.

¹⁸⁴ Vgl. *Hoyer*, in: SK, § 284 Rn. 2.

¹⁸⁵ RGSt 6, 70 (74) benennt die schädlichen Folgen für die Sittlichkeit und das Vermögen der am Spiel Beteiligten als Schutzzweck; RGSt 18, 1 (6 f.) stellt auf das sittliche und wirtschaftliche Wohl der Spieler ab.

¹⁸⁶ Vgl. *Kriegsmann*, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, S. 377; *Weiß*, Über Glücksspiel, Spielklubs und öffentliche Spielbanken, S. 26 ff.; zumindest auch sittenpolizeiliche Bedenken führt *Liszt* an, vgl. *Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 143 I.

¹⁸⁷ *Berg*, GewArch 1976, 249 (250) für das Jahr 1976; dazu, dass auch mehr als 30 Jahre später ein solcher Nachweis für den Zusammenhang nicht erbracht wurde, vgl. *Wohlers/Gaede*, in: NK § 284 Rn. 3.

¹⁸⁸ Vgl. *Wohlers/Gaede*, in: NK, § 284 Rn. 3; *Hohmann*, in: MüKo, § 284 Rn. 1.

schen Glücksspiel und Sucht früher beinahe als ein zufälliges Nebeneinander verharmlost.¹⁸⁹ Auch in jüngster Zeit ist die Legitimation glücksspielrechtlicher Regelungen auf Basis der Bekämpfung pathologischen Spielverhaltens in die Kritik geraten. Argumentiert wird hierbei nicht (ausschließlich) mit dem nicht abschließend geklärten Zusammenhang zwischen Spiel und der Entwicklung von Sucht. Vielmehr wird im Rahmen einer Abwägung der Schwerpunkt auf die Freiheit des Einzelnen gelegt und warnend das Bild eines bevormundenden Staates und die „freiheitsgefährdende Wirkung der Übernahme privater Lebensrisiken durch die Solidargemeinschaft“ beschworen.¹⁹⁰

(1) Das Vermögen

Einige Autoren und Gerichte sehen als Rechtsgut, dessen Schutz durch die §§ 284 ff. StGB gewährleistet werden soll, zumindest vornehmlich das Vermögen an.¹⁹¹ Mit Blick auf die oben aufgezeigten Umsätze der Glücksspiel-Anbieter und im Lichte der Ausführungen zur historischen Entwicklung des Spiels bedarf es wenig Fantasie, um sich darüber im Klaren zu sein, dass die exzessive Teilnahme an Glücksspielen mit hohen Vermögensverlusten einhergehen kann, die bis zur Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz (und wohl darüber hinaus) gehen kann. Fraglich ist, ob dies als Legitimation der §§ 284 ff. StGB herangezogen werden kann.

Hiergegen ist einzuwenden, dass es sich bei der Teilnahme an einem Glücksspiel um eine freiwillige Vermögensgefährdung des (gesunden) Spielers handelt.¹⁹² Besinnt man sich auf das eingangs gezeichnete Idealbild einer pluralistischen Gesellschaft mit mündigen Bürgern zurück, so muss diesen mündigen Bürgern auch das Recht eingeräumt

¹⁸⁹ Vgl. Wolf, Zur strafrechtlichen Problematik des Glücksspiels, S. 98 f.

¹⁹⁰ Hufen, JuS 2013, 1 (6); ders., Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, S. 18, 36.

¹⁹¹ Vgl. Krehl, in: Leipziger Kommentar, Vor § 284 Rn. 10; Odenthal, NSTZ 2002, 482 (483); ders., GewArch 2001, 276 (280 f.); BGHSt 11, 209 (210); Lange, in: FS Dreher, 573 (576 f.).

¹⁹² Kriegsmann, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, S. 377; Dahs/Dierlamm, GewArch 1996, 272 (274).

werden, durch ihr Verhalten, jedenfalls soweit es auf Freiwilligkeit beruht und keine Manipulation vorliegt, ihr Vermögen zu gefährden.¹⁹³

Würde man Sinn und Zweck der §§ 284 ff. im Schutz des Vermögens verorten, so geriete man überdies in Erklärungsnot, wieso der Strafbarkeitsbereich lediglich auf unerlaubte Glücksspiele beschränkt ist, wo doch der Staat der größte Veranstalter von (erlaubten) Glücksspielen ist.¹⁹⁴ Schließlich wird zu Recht angemerkt, dass das Vermögen eines Spielers bereits hinreichend durch den Betrugstatbestand des § 263 StGB¹⁹⁵ und unter Umständen den Wuchertatbestand des § 291 StGB¹⁹⁶ geschützt sei, sodass auch aus diesem Grund ein zusätzlicher Vermögensschutz durch §§ 284 ff. StGB nicht erforderlich und deshalb nicht gerechtfertigt sei.

Das Vermögen ist folglich nach richtiger Auffassung nicht Schutzgut der §§ 284 ff. StGB. Zu keinem anderen Ergebnis kommen die Stimmen im Schrifttum, die zwischen dem eigenen Vermögen des Spielers und dem fremden Vermögen der Mitspieler unterscheiden.¹⁹⁷

(2) Die Staatsfinanzen

Die fiskalischen Interessen des Staates, welche eingangs anhand einiger Abbildungen nachgewiesen wurden, haben wie gezeigt keinen Einzug in die Zielsetzungen des GlüStV gefunden. Einige Stimmen in der Literatur gehen jedoch davon aus, dass diese fiskalischen Interessen des Staates ein von §§ 284 ff. StGB geschütztes Rechtsgut darstellen.¹⁹⁸ Eine hierauf basierende Legitimation der Strafvorschriften der §§ 284 ff. StGB scheitert aber bereits an der Unvereinbarkeit mit

¹⁹³ Vgl. BayObLG, Urteil vom 11.02.1993 – 5 St RR 170/92, NStZ 1993, 491 (492); Heine, wistra 2003, 441 (442); Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 4; Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 4.

¹⁹⁴ Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 4; Fischer, § 284 Rn. 2a.

¹⁹⁵ Vgl. Heinrich, in: Arzt, § 24, Rn. 38; Feilcke, in: von Heintschel-Heinegg, § 284 Rn. 6.

¹⁹⁶ Vgl. Hoyer, in: SK, § 284 Rn. 7.

¹⁹⁷ Vgl. Weiser, Begriff, Wesen und Formen des strafbaren Glücksspiels, S. 70 f.; Wolf, Zur strafrechtlichen Problematik des Glücksspiels, S. 81 ff.; Lange, GA 1953, 3 (9); Mintas, Glücksspiele im Internet, S. 88 ff.

¹⁹⁸ Temming, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 284 Rn. 1; vgl. auch Schild, NStZ 1982, 446 (447).

dem Unionsrecht, namentlich der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit.¹⁹⁹ Die Zulassungsbeschränkung stellt überdies einen Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 GG dar, welcher ebenfalls nicht allein mit wirtschaftlichen Interessen des Staates gerechtfertigt werden kann.²⁰⁰ Lediglich die Abschöpfung der Einnahmen zur Förderung öffentlicher Zwecke kann verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, nicht die fiskalischen Interessen des Staates als solche.²⁰¹ Auch die Staatsfinanzen sind folglich als Schutzgut der §§ 284 ff. StGB abzulehnen.

(3) Staatliche Kontrolle

Fraglich ist, ob der reine Verwaltungsungehorsam an sich Strafgrund sein kann. Eine starke Auffassung in Rechtsprechung und Literatur stellt hierauf ab, indem sie davon ausgeht, die Glücksspielvorschriften dienen dazu, die staatliche Kontrolle über die kommerzielle Ausbeutung der natürlichen Spieleidenschaft zu schützen.²⁰² Der Unrechtsgehalt liege demnach darin, dass der Spielbetrieb konzessionslos erfolgt. Allerdings ist festzuhalten, dass es bereits innerhalb dieser Auffassung Vertreter gibt, die die staatliche Kontrolle zwar als Schutzgut sehen, eben vor diesem Hintergrund aber auch die kriminalstrafrechtliche Pönalisierung der Glücksspieltatbestände insgesamt infrage stellen.²⁰³

Bereits der Ultima-ratio-Charakter des Strafrechts und die Möglichkeit einer Sanktionierung durch das Ordnungswidrigkeitenrecht gebieten hier Zurückhaltung, da nicht jede Missachtung verwaltungsrechtlicher Regelungen strafrechtlich sanktioniert werden kann, muss und darf.

¹⁹⁹ Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 3; vgl. EuGH, Urteil vom 15.09.2011 – Rs. C-347/09 (Dickinger und Ömer), Slg. 2011 – I-08185 (Rn. 54 f.).

²⁰⁰ BVerfGE 7, 377 (405 ff.); Hansen, Legitimation und Reichweite der Paragraphen 284 ff. StGB und Paragraph 16 II UWG, S. 67 f.

²⁰¹ BVerfGE 102, 197 (216); BVerfGE 115, 276 (307).

²⁰² Vgl. bereits RGSt 65, 194 (195) „obrigkeitliche Kontrolle und Zügelung“; BGHSt 11, 209 (210); Hund, NStZ 1993, 571 (571); Schmitt, in: FS Maurach, 113 (114).

²⁰³ Peters, ZStW 1965, 470 (482); Schmitt, in: FS Maurach, 113 (114).

Überdies ist eine scharfe Trennung zwischen Strafgrund und Intention des Gesetzgebers erforderlich.²⁰⁴ Letztere mag in der Sicherstellung der staatlichen Kontrolle des Spieltriebs liegen, eine Gleichsetzung dieser Zielsetzung und des Strafgrundes ist jedoch nicht ohne Weiteres geboten.²⁰⁵

Die Kontrolle des Staates ist daher lediglich Mittel zum Zweck. Sie ist nicht um ihrer selbst willen schützenswert.²⁰⁶ Schutzgut kann somit nur der Zweck sein, dem die staatliche Kontrolle dienen soll, nicht jedoch die staatliche Kontrolle als solche.²⁰⁷

(4) Gefahr der Beschaffungs-, Begleit- und Folgekriminalität

Zum Teil werden die §§ 284 ff. StGB mit den aus dem verbotenen Glücksspiel folgenden Gefahren durch Beschaffungs-, Begleit- und Folgekriminalität legitimiert.²⁰⁸ Dass das Umfeld und die Begleitumstände des verbotenen Glücksspiels einen Rahmen bilden, in welchem auch andere Straftaten begangen werden, scheint von niemandem ernsthaft bestritten zu werden. Insbesondere Praktiker aus den Bereichen der Strafverfolgung und der Psychiatrie gehen gar von einem besonders engen Zusammenhang zwischen verbotenem Glücksspiel und anderer Kriminalität aus.²⁰⁹ Selbst dies kann nicht weiter verwundern, bedarf es doch bereits, wie in einem Urteil des BGH, in dem es um den Betrieb einer Reihe von illegalen Spielcasinos ging, anschaulich aufgezeigt, eines nicht unerheblichen logistischen und organisatorischen Aufwands, um überhaupt die Voraussetzungen eines

²⁰⁴ Wohlers, JZ 2003, 860 (863).

²⁰⁵ Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 2; vgl. Heine, wistra 2003, 441 (442).

²⁰⁶ Mintas, Glücksspiele im Internet, S. 96.

²⁰⁷ Hoyer, in: SK, § 284 Rn. 2; Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 2.

²⁰⁸ BVerfGE 115, 276 (306); OLG Hamm, Urteil vom 3.12.2003 – 3 Ss 435/03, JR 2004, 478 (479); Krehl, in: Leipziger Kommentar, Vor § 284 Rn. 10; Brandl, Spiel Leidenschaft und Strafrecht, S. 24.

²⁰⁹ Füllkrug, Kriminalistik 1990, 101 (101); vgl. zum Zusammenhang des pathologischen Spielens mit Eigentumskriminalität Rasch, in: FS Bürger-Prinz, 173 (180 f.).

(verbotenen) Glücksspielbetriebes zu schaffen.²¹⁰ Neben diesen Formen der organisierten Kriminalität, die sich typischerweise etwa in der Verwirklichung der Geldwäsche und der Steuerhinterziehung manifestieren, ist vor dem Hintergrund der angesprochenen Glücksspielsucht auch an eine durch pathologische Spieler verübte Beschaffungskriminalität in Form von Vermögens- und Eigentumsdelikten zu denken.²¹¹ Diesem Begründungsansatz ist jedoch die Gesetzeshistorie des § 284 StGB entgegenzuhalten. Im Jahre 1992 führte der Gesetzgeber durch das OrgKG die Qualifikation des § 284 Absatz 3 ein, um den Gefahren zu begegnen, welche durch Bezüge zur organisierten Kriminalität entstehen. Die Gefahren, auf welche durch Schaffung des Qualifikationstatbestandes reagiert wurde, können jedoch nicht ohne Weiteres zur Bestimmung des Schutzgutes des Grundtatbestandes herangezogen werden.²¹²

Versucht man nun diejenigen Delikte als Legitimationsansatz heranzuziehen, die keinen Bezug zur organisierten Kriminalität aufweisen, also im Wesentlichen die vorhandene Beschaffungskriminalität, so erscheint die Legitimation einer Strafnorm allein durch das Abstellen auf die abstrakte Gefährdung durch möglicherweise erfolgende weitere Delikte insbesondere deshalb bedenklich, da selbst die Zurechnung der tatsächlich begangenen Beschaffungskriminalität zum Veranstalter des unerlaubten Glücksspiels an der strafrechtlichen Selbstverantwortlichkeit des Einzelnen scheitern würde.²¹³ Systematisch müsse dies dann erst recht für die bloß abstrakte Gefährdung einer Verwirklichung gelten.²¹⁴ Überdies muss festgestellt werden, dass eine solche zumindest ähnlich starke abstrakte Gefährdung auch bei genehmigten Glücksspielen besteht. Abermals rechtfertigt ein Rechtsgut somit keine Ungleichbehandlung von genehmigten und ungenehmigten Glücksspielen.²¹⁵

²¹⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 1.10.1991 – 5 StR 390/91, NJW 1992, 1518 (1518).

²¹¹ Lauer, Staat und Spielbanken, S. 46; Meyer, Kriminalistik 1986, 212 (212 ff.).

²¹² Hoyer, in: SK, § 284 Rn. 5.

²¹³ Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 3; Mintas, Glücksspiele im Internet, S. 105.

²¹⁴ Hoyer, in: SK, § 284 Rn. 5.

²¹⁵ Vgl. Füllkrug, Kriminalistik 1990, 101 (101); Mintas, Glücksspiele im Internet, S. 105.

(5) Gefahr von Manipulation

Das Glücksspiel ist aufgrund der zumindest überwiegenden Zufallsabhängigkeit des Gewinneintrittes grundsätzlich anfälliger für Manipulationen als Geschicklichkeitsspiele. Dies liegt bereits darin begründet, dass eine Manipulation schwerer nachweisbar ist, da das eigene Geschick anhand von objektiven Kriterien eingeschätzt werden kann, das eigene Glück jedoch akzeptiert werden muss.²¹⁶ Eine häufig vertretene Ansicht sieht den Schutzzweck des § 284 StGB aus diesem Grunde in der Absicherung eines ordnungsgemäßen Spielbetriebes.²¹⁷

Das Vermögen des Spielers ist wie oben erläutert aufgrund der bewussten Selbstgefährdung kein taugliches Schutzgut. Dies kann jedoch nur so weit gelten, als das Eingehen des Verlustrisikos frei von Willensmängeln erfolgte.²¹⁸ Fraglich ist, ob vor diesem Hintergrund die Verhinderung von Manipulationen zum Nachteil des Vermögens des Spielers den Schutzzweck des § 284 StGB darstellt. Dem wird entgegengehalten, dass dies zu einer Vorverlagerung der Betrugsstrafbarkeit des § 263 StGB, welcher in Absatz 2 bereits eine Strafbarkeit des Versuchs beinhaltet, durch § 284 führen würde.²¹⁹ Dass dies nicht bezweckt sei, sieht *Mintas* bereits in der systematischen Gesetzesstellung im 25. Abschnitt (strafbarer Eigennutz) begründet.²²⁰

Die durch die Manipulation entgangene Gewinnchance stellt noch keinen von § 263 StGB geschützten Vermögenswert dar.²²¹ Allerdings stehe es dem Gesetzgeber frei, „soziale Erwartungen auf einen Ver-

²¹⁶ Vgl. *Hansen*, Legitimation und Reichweite der Paragraphen 284 ff. StGB und Paragraph 16 II UWG, S. 60 f.

²¹⁷ BVerfGE 28, 119 (148); *Heine*, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 2b; *Feilcke*, in: von Heintschel-Heinegg, § 284 Rn. 6; *Hohmann* in: MüKo, § 284 Rn. 1; *Volk*, Glücksspiel im Internet, S. 11; *Voßkuhle/Bumke*, Rechtsfragen der Sportwette, S. 62 f.

²¹⁸ *Hoyer*, in: SK, § 284 Rn. 8.

²¹⁹ *Lesch*, GewArch 2003, 321 (322); vgl. *Belz*, Das Glücksspiel im Strafrecht, S. 52; *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil II, § 42 Rn. 1.

²²⁰ *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 99.

²²¹ *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 5; vgl. zur Problematik ausführlich *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 25 ff., 115 ff.

*mögenzufluss durch staatliche Kontrolle vor Manipulation zu schützen“.*²²² Eben diese fehlende potenzielle Kontrollmöglichkeit bei ungenehmigten Glücksspielen und die dadurch geschaffene, für den Spieler „*nicht mehr beherrschbare Gefahrensituation*“ legitimieren demnach § 284 StGB.²²³

Jedoch ist anzumerken, dass sich § 284 StGB seinem Wortlaut nach gerade nicht auf Falschspiele beschränkt, sondern jegliche ungenehmigten Spiele pönalisiert,²²⁴ wobei unzweifelhaft eine Verallgemeinerung, dass ungenehmigte Glücksspiele zwangsläufig mit Falschspiel einhergehen, keinen Bestand haben kann,²²⁵ sodass die Interpretation des Schutzes vor Manipulation als Schutzgut die Legitimation des § 284 grundsätzlich infrage stellen würde.²²⁶

4. Ergebnis

Das eingangs gezeichnete Bild eines Spannungsfeldes zwischen den fiskalischen Interessen des Staates einerseits und der Pflicht zur Wahrnehmung seiner Schutzpflichten andererseits findet somit keinen Rückhalt im Gesetz. Mag es in der rechtspolitischen Diskussion auch Stimmen geben, die bezüglich der dargestellten Ziele des GlüStV von „*vorgeschobenen Zielsetzungen*“ sprechen und die staatliche Einnahmensicherung als das wahre Ziel ausmachen,²²⁷ so stehen dem die Bemühungen des Gesetzgebers, das Spielangebot weiter einzudämmen, entgegen.²²⁸ Der GlüStV benennt in seinem § 1 die fünf Ziele, die ihm zugrunde liegen. Auch wenn im Vergleich zu seinem Vorgänger eine Aufwertung der anderen Ziele erfolgt ist, bleibt ein zentrales

²²² Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 5.

²²³ Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 5; Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 5.

²²⁴ Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 5.

²²⁵ Hansen, Legitimation und Reichweite der Paragraphen 284 ff. StGB und Paragraph 16 II UWG, S. 62; Papier, in: FS Stern, 543 (560) stellt klar, dass auch bei genehmigten Glücksspielen in Spielbanken insbesondere in der Person des Croupiers eine Manipulationsgefahr besteht.

²²⁶ Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 5; Mintas, Glücksspiele im Internet, S. 97 ff.

²²⁷ Vgl. Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 1 GlüStV Rn. 3; vgl. Hufen, JuS 2013, 1 (6); ders., Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, S. 18, 36.

²²⁸ Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 1 GlüStV Rn. 3.

Ziel des GlüStV weiterhin die Bekämpfung von Suchtgefahren. Auch die strafrechtlichen Regelungen finden ihre Legitimation in der mit dem Glücksspiel einhergehenden Gesundheitsgefahr der Entwicklung eines pathologischen Spielverhaltens. Schutzgut des § 284 StGB ist somit ausschließlich die „Volksgesundheit“²²⁹ in der besonderen Ausprägung der Freiheit von Spielsucht.

Mit jeglicher Regulierung menschlichen Verhaltens – unabhängig davon, ob diese auf dem Wege des Ordnungs- oder des Strafrechts erfolgt – geht auch eine Beschränkung der Freiheit des Einzelnen einher. Die im Rahmen einer Abwägung getroffene Grenzziehung wird daher regelmäßig Kritik ausgesetzt sein. Wurde oben etwa das Vermögen als Schutzgut des § 284 StGB unter anderem mit der Begründung der Mündigkeit und zulässigen Selbstgefährdung des Einzelnen abgelehnt, so vermag die Ansicht *Hufens*, der mit demselben Argument die Sportwetten-Entscheidung des BVerfG²³⁰ angreift und sich gegen staatliche Eingriffe in die Spiel- und Wettfreiheit erwachsener Menschen ausspricht,²³¹ nicht zu überzeugen, da sie die vom BVerfG aufgezeigten und in der Literatur ausführlich dargestellten Gefahren und Begleiterscheinungen der Spielsucht²³² nicht hinreichend gewichtet.

²²⁹ Den Begriff führte das BVerfG in den 50er-Jahren in seine Rechtsprechung ein, vgl. BVerfGE 7, 377 (414); auch heute wird er noch teilweise verwandt. Zur Entwicklung und Ablösung dieser Terminologie, hin zur „Gesundheit der Bevölkerung“ vgl. *Steiner*, MedR 2003, 1 (1 ff.).

²³⁰ BVerfGE 115, 276 (300).

²³¹ Vgl. *Hufen*, JuS 2013, 1 (6); *ders.*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, S. 18, 36.

²³² Vgl. *von Hippel*, ZRP 2001, 558 (558 f.).

C. Besonderheiten von Online-Glücksspielen gegenüber klassischen Glücksspielen – Suchtgefahren

Einen Schwerpunkt dieser Arbeit bildet die Frage, inwieweit die geltenden Bestimmungen zum Glücksspielrecht angesichts der Besonderheiten des Phänomens Internetglücksspiel zeitgemäß und der Aufgabe, eine wirksame Suchtprävention zu leisten, gewachsen sind. Entsprechend gilt es an dieser Stelle, diese besonderen Gefahren zu identifizieren und zu erläutern. Wichtig ist dabei das Bewusstsein, dass diese Besonderheiten nicht alle einen unmittelbaren Bezug zur Suchtgefährlichkeit aufweisen. Vielmehr spielen auch die Themen der grenzüberschreitenden Angebotsmöglichkeit sowie der schwierigeren Strafverfolgung für die Bewertung der geltenden Normen eine entscheidende Rolle. Zunächst sollen an dieser Stelle jedoch die Besonderheiten hinsichtlich der psychosozialen Bedingungen, die vornehmlich die Suchtgefährlichkeit beeinflussen, dargestellt werden. An einer späteren Stelle soll dann anhand konkreter Online-Spielformen untersucht werden, inwiefern diese Suchtgefahren tatsächlich bei allen Online-Spielen eine entscheidende Rolle spielen.

Internetglücksspiele weisen eine besonders hohe Suchtgefährlichkeit auf.²³³ Die Ursachen hinter dieser einfachen Tatsache sind mannigfaltig. Besonders betroffen sind häufig Jugendliche und junge Erwachsene, die ohnehin eher im Internet als durch „klassische“ Vertriebswege und Produkte der staatlichen Lotterien und ähnlicher Anbieter angesprochen werden.²³⁴ Die Ergebnisse der Glücksspielforschung haben allerdings auch aufgezeigt, dass das Gefährdungspotenzial, eine Spielsucht zu entwickeln, je nach Spielform variiert.²³⁵ Da ein Zweck des GlüStV und der übrigen Regelwerke zum Glücksspiel die Vermeidung der Spielsucht ist, sind die Faktoren, die zu einer erhöh-

²³³ Vgl. von Hippel, ZRP 2001, 558 (560). So auch Mörsen, Internet-Glücksspiel macht süchtiger als Casino, abrufbar im Internet: <<http://www.welt.de/wissenschaft/article1672672/Internet-Gluecksspiel-macht-suechtiger-als-Casino.html>> (Stand: 13.06.2016).

²³⁴ Vgl. Mörsen, Internet-Glücksspiel macht süchtiger als Casino, abrufbar im Internet: <<http://www.welt.de/wissenschaft/article1672672/Internet-Gluecksspiel-macht-suechtiger-als-Casino.html>> (Stand: 13.06.2016).

²³⁵ Vgl. Becker u.a., ZfWG 2008, 1 (1).

ten Suchtgefährlichkeit bei Glücksspielen im Internet führen, von entscheidender Bedeutung für den Vorschlag eines Regelungsregimes in Bezug auf diese Spielform. In der wissenschaftlichen Auseinandersetzung schwankt die Anzahl der als für die Bestimmung des Gefährdungspotenzials relevant befundenen Kriterien zwischen sechs²³⁶, acht,²³⁷ zehn²³⁸ und zwölf²³⁹. Eine hervorgehobene Stellung wird hierbei jedoch vor allem der Ereignisfrequenz und der Verfügbarkeit zugestanden.²⁴⁰ Auch die Kernaussagen der restlichen angeführten Faktoren sind jedoch identisch, sodass die unterschiedliche Anzahl an Gesamtfaktoren hauptsächlich auf die unterschiedliche Feinheit der Unterteilung zurückzuführen ist, was unter anderem etwa daran zu erkennen ist, dass beispielsweise die 6 Faktoren, von denen *Parke/Griffiths* ausgehen, aus einer Gruppierung der vorher von ihnen angeführten 16 Merkmale resultieren.²⁴¹ Hierbei ist bereits fraglich, ob tatsächlich jedes Merkmal dermaßen isoliert werden kann, da die Merkmale – wie zu zeigen sein wird – sich teilweise gegenseitig bedingen oder zumindest ineinander übergehen.

I. Ereignisfrequenz

Im Vergleich zu Glücksspielen in der nonvirtuellen Welt²⁴² erlaubt das Internet eine wesentlich schnellere Spielabfolge. Der Spieler kann ein neues Spiel unmittelbar an das Ende eines vorherigen Spiels setzen. Bei manchen Spielarten wie z.B. dem Online-Poker ist sogar das gleichzeitige Spielen an mehreren virtuellen Tischen möglich. Dadurch wird die Wahrnehmung des Spiels durch den Spieler verändert. Er verliert das Gespür für das verlorene Geld, da er sofort in ein neues Spiel

²³⁶ Vgl. *Parke/Griffiths*, The Role of Structural Characteristics in Gambling, 211 (215).

²³⁷ Vgl. *Adams/Fiedler*, ZfWG 2008, 232 (233 ff.).

²³⁸ Vgl. VG Hannover, Urteil vom 24.11.2008 – 10 A 1017/08, ZfWG 2009, 133 (143 ff.); *Hayer/Meyer*, Sucht 2003, 212 (214 ff.).

²³⁹ Vgl. *Becker u.a.*, ZfWG 2008, 1 (3).

²⁴⁰ Vgl. *Adams/Fiedler*, ZfWG 2008, 232 (232); kritisch bezüglich sämtlicher Faktoren *Kühne*, in: FS Schroeder, 545 (549), welcher bemängelt, dass die Faktoren nur ganz allgemeine Bedingungen für die Attraktivität von Handeln beschreiben und bezüglich der Suchtgefahr nur eine sehr begrenzte Aussagekraft haben.

²⁴¹ Vgl. *Parke/Griffiths*, The Role of Structural Characteristics in Gambling, 211 (213).

²⁴² Vgl. VG Hannover, Urteil vom 24.11.08 – 10A 1017/08, ZfWG 2009, 133 (133 ff.).

eingebunden ist und von der Hoffnung zehren kann, dieses werde gewinnbringend ausgehen.²⁴³ Zum einen sind durch eine solch hohe Ereignisfrequenz die psychotropen Wirkungen des jeweiligen Spiels größer, da das Gehirn das konstante Schwanken zwischen Verlustangst und Gewinnhoffnung als einen konstanten „Nervenkitzel“ wahrnimmt.²⁴⁴ Damit einher geht die Tatsache, dass eine hohe Frequenz es verhindert, dass der Spieler aufgrund von Wartezeiten eine emotionale Distanz zum Spiel entwickeln kann.²⁴⁵ Die Gefahr, sehr hohe Summen zu verspielen, ist hierdurch deutlich erhöht.

Die Möglichkeit, durch das Internet quasi in Echtzeit auf weltweite Ereignisse reagieren zu können, birgt überdies für bestimmte Spielformen wie etwa die Sportwette die Gefahr, dass überhaupt erst dadurch eine Ereignisfrequenz geschaffen wird, da sofort auf Veränderungen in der Spielsituation mit einer neuen Wette reagiert werden kann. So bieten Sportereignisse eine nahezu unbegrenzte Anzahl an bewettbaren Ereignissen, auf die der Spieler setzen kann. Die Ereignisfrequenz verstärkt zudem andere die Suchtentstehung fördernde Ursachen und stellt damit einen besonders gefährlichen Faktor dar.²⁴⁶

II. Verfügbarkeit

Neben der Ereignisfrequenz wird vor allem die Verfügbarkeit als das zweite zentrale Beurteilungskriterium für die Suchtgefährlichkeit eines Spieles angesehen.²⁴⁷ Als zusätzlicher Vertriebskanal für Glücksspiele erhöht das Internet die Verfügbarkeit von Glücksspielen allgemein²⁴⁸ und auch im Einzelfall.²⁴⁹ Hinzu kommt die Tatsache, dass das Internet – im Vergleich zu Casinos oder anderen Spielstätten – jeder-

²⁴³ Vgl. *Adams/Fiedler*, ZfWG 2008, 232 (233).

²⁴⁴ Vgl. *Becker u.a.*, ZfWG 2008, 1 (4).

²⁴⁵ Vgl. *Becker u.a.*, ZfWG 2008, 1 (4).

²⁴⁶ Vgl. *Adams/Fiedler*, ZfWG 2008, 232 (233).

²⁴⁷ Vgl. *Adams/Fiedler*, ZfWG 2008, 232 (232); vgl. *Fiedler*, Das Gefährdungspotential von Glücks- und Geschicklichkeitsspielen, S. 81.

²⁴⁸ Vgl. *Adams/Fiedler*, ZfWG 2008, 232 (233).

²⁴⁹ Vgl. VG Hannover, Urteil vom 24.11.2008 – 10A 1017/08, ZfWG 2009, 133 (143 ff.).

zeit „geöffnet“ hat. Es finden zu jeder Zeit rund um die Uhr Glücksspiele statt. Wegen des fehlenden geografischen Bezugs können Spieler auch zu jeder Zeit Gegner auf der ganzen Welt auffinden und gegen diese spielen. Diese ständige Verfügbarkeit führt dazu, dass eine wesentlich höhere Intensität und Häufigkeit der Teilnahme am Glücksspiel erreicht werden können.

Eng mit der Verfügbarkeit des Spiels verbunden ist die Tatsache, dass Werbung und Angebote im Internet gezielter und effektiver auf den Spieler zugeschnitten werden. Dies erfolgt teilweise durch sogenannte Pop-ups, mittels derer der Spieler am Ende eines Spiels unmittelbar zu einem neuen Spiel verleitet wird. Diese interaktive Einbindung des Spielers in die Vermarktungsstrategie erweist sich ebenfalls als deutlich suchterhöhend im Vergleich zu klassischen Werbeformen für Glücksspiele im Casino oder mittels eines Lottoscheins.²⁵⁰ Grundsätzlich fällt überdies auf, dass die Vermarktung im Internet auch durchaus „marktschreierischer“²⁵¹ ausfällt als auf anderen Vertriebswegen. Auch etwa die Nutzung von E-Mail-Verteilern kann dazu führen, den Spieler noch enger einzubinden und somit zu einer Normalisierung bzw. Verharmlosung von Glücksspielen führen.²⁵²

III. Anonymität/fehlende soziale Kontrolle

Ein weiterer Faktor, der für die Bestimmung der Suchtgefährlichkeit einer Spielform herangezogen wird, ist das Maß an vorhandener sozialer Kontrolle.²⁵³ Bei Internetglücksspielen spielt der Spieler vollständig alleine, ohne jeglichen sozialen Druck. Selbst der Beobachtung durch sein unmittelbares häusliches Umfeld kann er sich dadurch entziehen, dass er nachts spielt oder zu Zeiten, zu denen keiner zu Hause ist, da das Glücksspiel im Internet jederzeit verfügbar ist. Somit muss

²⁵⁰ Vgl. *Adams/Fiedler*, ZfWG 2008, 232 (233).

²⁵¹ Vgl. VG Hannover, Urteil vom 24.11.2008 – 10A 1017/08, ZfWG 2009, 133 (143 ff.).

²⁵² Vgl. *Becker u.a.*, ZfWG 2008, 1 (8).

²⁵³ Vgl. EuGH, Urteil vom 8.09.2010 – Rs. C-46/08 (Carmen Media Group), Slg. 2010, I-08149 (Rn. 103).

sich der Spieler weder hinsichtlich der Dauer seines Spiels noch hinsichtlich der Menge an verlorenem Geld unmittelbar rechtfertigen oder gesellschaftlichen Druck diesbezüglich ertragen. Neben diesen emotionalen Hemmschwellen werden auch ganz einfache objektive Hemmschwellen abgebaut, da der Spieler sich etwa nicht einer Kleiderordnung, einer ungewohnten Umgebung oder einer Ausweiskontrolle aussetzen muss.²⁵⁴ Zu denken ist auch nicht zuletzt an das Wegfallen etwaiger Sprachbarrieren oder die Verunsicherung durch die Präsenz anderer Spieler.²⁵⁵ Auch findet bei Nutzung des Internets keine Kontrolle statt, ob sich der Spieler infolge von Alkohol- oder Drogenkonsum in einer Phase des Übermutes befindet,²⁵⁶ was im Rahmen einer Einlasskontrolle einer Spielbank eventuell gewährleistet werden könnte. Jedenfalls aber könnte dort der fortgesetzte Alkohol-/Drogenkonsum unterbunden werden. Auch für Präventionsmaßnahmen, wie sie etwa beim Besuch eines Spielcasinos oder durch außenstehende Personen ergriffen werden könnten, ist der Spieler im Internet weniger erreichbar.²⁵⁷ Zum Teil wird die fehlende soziale Kontrolle jedoch als onlinespezifische Gefahr mit dem Verweis, dass Spielsucht eben auch durch gruppendynamische Prozesse gefördert werden könne, abgelehnt.²⁵⁸ Dem ist zuzugestehen, dass es bezüglich des Wettens in Gruppen gleich mehrere Anknüpfungspunkte gibt, die für eine Gefährlichkeit sprechen können. Sei es die Gefahr der Verharmlosung (traditionelles Wetten am Stammtisch), der Gruppenzwang oder eine drohende Realitätsverzerrung, indem in der Gruppe die Gewinne lautstark in Erinnerung gerufen werden, während die Verluste totgeschwiegen werden.²⁵⁹ Nichtsdestotrotz überwiegt nach Ansicht der meisten sich mit der Materie befassenden Experten die vom anonymen Spielen im Internet ausgehende Gefährlichkeit.²⁶⁰

²⁵⁴ Vgl. VG Hannover, Urteil vom 24.11.2008 – 10A 1017/08, ZfWG 2009, 133 (143 ff.).

²⁵⁵ Vgl. VG Hannover, Urteil vom 24.11.2008 – 10A 1017/08, ZfWG 2009, 133 (143 ff.).

²⁵⁶ Vgl. *Adams/Fiedler*, ZfWG 2008, 232 (234).

²⁵⁷ Vgl. *Becker u.a.*, ZfWG 2008, 1 (7 f.).

²⁵⁸ Vgl. *Ciszewski*, Glücksspielregulierung aus nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Sicht, S. 46 f.

²⁵⁹ Vgl. *Becker u.a.*, ZfWG 2008, 1 (7).

²⁶⁰ Vgl. VG Hannover, Urteil vom 24.11.08 – 10A 1017/08, ZfWG 2009, 133 (143 ff.); *Adams/Fiedler*, ZfWG 2008, 232 (234); differenziert etwa *Becker u.a.*, ZfWG 2008, 1 (7f.); krit. *Hayer/Meyer*, Sucht 2003, 212 (216 f.).

IV. Interaktivität und Komplexität

Auch die für Internetglücksspiele typische interaktive Einbindung des Spielers in das Spielgeschehen stellt ein zusätzliches Risiko hinsichtlich der Entwicklung problematischen Spielverhaltens dar, da die ständige Interaktion dem Spieler eine größere Einflussmöglichkeit auf das Spielresultat suggeriert, als tatsächlich vorhanden ist.²⁶¹ Eng mit dem Grad der Interaktivität verbunden ist ein Faktor, der gemeinhin als „Förderung der Kontrollüberzeugung“ bezeichnet wird. Hierunter versteht man die Tendenz des Spielers, vermeintlich erfolgreiche Strategien auf eigene Kompetenzen zurückzuführen.²⁶² Selbst bei vollständig auf Zufall basierenden Casinospielen wie etwa Roulette entsteht beim Spieler der Eindruck, er könne Strategien entwickeln, mit denen er das „System besiegen könne“.²⁶³ Ermöglicht wird diese Illusion dadurch, dass der Spieler beginnt, die Gewinne als eine Bestätigung seiner Fähigkeiten anzusehen, während die Verluste auf ungewöhnliche Zufälle zurückgeführt werden.²⁶⁴ Eine besondere Ausprägung dieses Phänomens – welche zum Teil wiederum als eigenständiger Faktor angesehen wird – ist die sogenannte Psychologie der Fast-Gewinne (engl.: „near misses“).²⁶⁵ Gerade Wetten, denen komplexe Ereignisse wie etwa ein Fußballspiel zugrunde liegen, sind hierfür prädestiniert. Durch die schiere Anzahl an Ereignissen während des Spielablaufes werden sich „a posteriori diverse Gründe der Rechtfertigung anführen lassen“.²⁶⁶ So wird etwa beispielsweise jede Schiedsrichterentscheidung im Nachhinein die Möglichkeit bieten, sich einen alternativen Spielverlauf ohne das Abseitstor/ den Platzverweis oder Ähnliches vorzustellen, um die eigene falsche Vorhersage als eigentlich richtig darzustellen. Aber auch das Ankreuzen der „fast richtigen“ Lottozahl, die lediglich ein Feld neben der tatsächlich gezogenen Zahl

²⁶¹ Vgl. VG Hannover, Urteil vom 24.11.2008 – 10A 1017/08, ZfWG 2009, 133 (143 ff.).

²⁶² Vgl. Becker u.a., ZfWG 2008, 1 (4).

²⁶³ Vgl. Becker u.a., ZfWG 2008, 1 (5).

²⁶⁴ Vgl. Hayer/Meyer, Sucht 2003, 212 (216).

²⁶⁵ Vgl. Korte, Das staatliche Glücksspielwesen, S. 173.

²⁶⁶ Hayer/Meyer, Sucht 2003, 212 (215).

liegt, ist ein gängiges Beispiel einer als Fast-Gewinn wahrgenommenen Niederlage.

V. Art des Zahlungsmittels

Im Internet kann nicht mit Bargeld gezahlt werden. Folglich wird jedes Guthaben über Lastschriftverfahren oder Kreditkarten erkaufte, was zu einer Verschleierung des wahren Geldwertes führen kann und somit einen weiteren Risikofaktor darstellt.²⁶⁷ Hierdurch verliert der Spieler leichter den Überblick über die bereits verspielten Beträge. Verstärkt werden kann dieser Überblicksverlust durch ein variables Spektrum an Gewinnchancen, da etwa kleine Gewinne ein Erfolgserlebnis auslösen, das nicht in Bezug zum hierfür nötig gewordenen Einsatz gesetzt wird, sondern vielmehr als weitere Chance auf den Hauptgewinn interpretiert wird.²⁶⁸

Grundsätzlich ist selbstverständlich auch die Gewinnhöhe und ihr Verhältnis zur Einsatzhöhe ein sehr entscheidender Faktor, was sehr plastisch am Beispiel der Lotterie 6 aus 49 zu erkennen ist, die, wenn der Jackpot lange nicht ausgezahlt wurde, aufgrund dessen stetig wachsender Höhe regelmäßig Rekordteilnahmen verzeichnen kann.

VI. Sensorische Produktgestaltung

Durch das Setzen von Licht-, Ton- und Farbeffekten ist es dem Veranstalter möglich, bestimmte Reize zu setzen, um dem Spieler das Gefühl von Vergnügen und Aktivität zu vermitteln.²⁶⁹ Die Besonderheit des Internets liegt hierbei vor allem in der Einfachheit und kostengünstigen Realisierbarkeit des Einsatzes solcher Effekte. Auch kann die Aufmachung vom Anbieter jederzeit in Echtzeit umgestaltet werden.

²⁶⁷ Vgl. VG Hannover, Urteil vom 24.11.2008 – 10A 1017/08, ZfWG 2009, 133 (143 ff.).

²⁶⁸ Vgl. *Becker u.a.*, ZfWG 2008, 1 (6).

²⁶⁹ Vgl. *Becker u.a.*, ZfWG 2008, 1 (9).

Der hierfür lediglich erforderliche Programmierungsaufwand steht in keinem Verhältnis zu den tatsächlich physisch erforderlichen Umbaumaßnahmen, welcher es etwa zu einem Designwechsel innerhalb einer Spielhalle bedürfte. Die Folge ist ein immer besser und genauer auf die Vorlieben des Spielers zugeschnittenes Glücksspielangebot, welches diesen zum Verweilen verleitet.

VII. Weitere Faktoren

Über die oben beschriebenen Faktoren hinaus werden vom VG Hannover, welches über die Zulässigkeit der Vermittlung staatlich veranstalteter Glücksspiele über das Internet zu entscheiden hatte, in seinem mehrfach zitierten Urteil etwa noch die Kundenfreundlichkeit des Angebots und die Realitätsflucht als eigenständige Faktoren zur Bestimmung des Gefährdungspotenzials von Online-Glücksspielen herangezogen.²⁷⁰ Die Kundenfreundlichkeit des Angebotes führt das Gericht hierbei vor allem auf die beim Online-Angebot im Vergleich zu etwa Spielhallen niedrigeren Betriebskosten zurück, welche dem Gericht zufolge unter anderem in Form von günstigeren Auszahlungsquoten an den Spieler weitergegeben werden können. Auch ist es dem Anbieter aufgrund der niedrigen Betriebskosten eher möglich, Spieler etwa durch kostenlose Einstiegsangebote mit „Spielgeld“ in die Suchtfalle zu locken.²⁷¹ Die unter dem Schlagwort Realitätsflucht ins Feld geführten Argumente gehen hingegen größtenteils in dem zum Themenkomplex Anonymität/ fehlende soziale Kontrolle Gesagten auf.

²⁷⁰ Vgl. VG Hannover, Urteil vom 24.11.2008 – 10A 1017/08, ZfWG 2009, 133 (133 ff.).

²⁷¹ Vgl. Adams/Fiedler, ZfWG 2008, 232 (234).

D. Der Begriff des Glücksspiels

Den zentralen Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit bildet das Online-Glücksspiel oder anders ausgedrückt das Glücksspiel im Internet. Wurden soeben bereits einige die Suchtgefahr betreffende Besonderheiten des Veranstaltungsortes Internet dargestellt, so gilt es nun festzustellen, wann überhaupt ein Glücksspiel vorliegt und wie sich ein solches von anderen Spielen bzw. anderen Tätigkeiten abgrenzt. Blickt man diesbezüglich auf die deutsche Gesetzgebung, so kommt man schnell zu der Erkenntnis, dass es sich beim Glücksspielrecht um eine Querschnittsmaterie handelt, welche in verschiedenen Bundes- und Landesgesetzen thematisiert wird. Da die verschiedenen Gesetze zum Teil unterschiedliche Regelungsziele haben, stellt sich überdies die Frage, ob sämtliche Normen, welche den Begriff des Glücksspiels verwenden, hierbei auch dasselbe Verständnis des Glücksspielbegriffes zugrunde legen.

I. Abgrenzung zum Geschicklichkeitsspiel

Als Abgrenzung zu den in Deutschland traditionell zulässigen sogenannten Geschicklichkeitsspielen²⁷² statuiert § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV das Merkmal der jedenfalls überwiegenden Zufallsabhängigkeit des Gewinneintrittes.²⁷³ Auch im Rahmen des § 284 StGB herrscht weitestgehend Einigkeit darüber, dass die Einordnung als Glücksspiel voraussetzt, dass die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht we-

²⁷² Meßerschmidt, in: Pielow, § 33d Rn. 5; Eine Pönalisierung oder eine Verschärfung der Maßgabe für Geschicklichkeitsspiele durch den RStV war trotz des in dieser Hinsicht unklaren Wortlautes des § 8a RStV auch keine Intention des Gesetzgebers, vgl. Lober/Neumüller, MMR 2010, 295 (297 f.). Zur vollständigen Ablehnung einer Abgrenzung Glück/Geschicklichkeit vgl. Dickersbach, WiVerw 1985, 23 (36); Towfigh/Glöckner, Forschungsbericht 2011 – Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, abrufbar im Internet: <http://www.mpg.de/1247781/Geschicktes_Gluecksspiel> (Stand: 13.06.2016).

²⁷³ § 3 I 1 GlüStV: „Ein Glücksspiel liegt vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt“ [Hervorhebung durch den Verfasser].

sentlich von den Fähigkeiten und Kenntnissen oder vom Grad der Aufmerksamkeit der Spieler bestimmt wird, sondern allein oder hauptsächlich vom Zufall.²⁷⁴

Diese Definitionsansätze bieten jedoch keine über jeden Zweifel erhabene trennscharfe Zuordnungsmöglichkeit, denn sie nutzen sämtlich unbestimmte Rechtsbegriffe zur Festlegung der Abgrenzungskriterien. Aus diesem Grunde wird zum Teil mahnend auf das Erfordernis der Wahrung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB) verwiesen.²⁷⁵

Im Zusammenhang mit dem zentralen Abgrenzungsmerkmal der aufgrund ihrer Unschärfe in der Kritik stehenden überwiegenden Zufallsabhängigkeit stellen sich gleich zwei Probleme: zum einen die Frage nach der Definition des Zufalls und zum anderen die Folgefrage, wann dieser überwiegt bzw. wie dieses Überwiegen festgestellt werden soll.

1. Objektiver und subjektiver Zufall

Bereits der Versuch, die erste Frage im Sinne einer scharfen Trennlinie, bei der sich das Erfordernis gerichtlicher Interpretation erübrigt, zu beantworten, ist zum Scheitern verurteilt; blickt doch selbst die Vorfrage, ob der Zufall überhaupt existiere, auf eine lange, kontrovers geführte Debatte zurück. Das Reichsgericht etwa stellte in mehreren um die Jahrhundertwende ergangenen Entscheidungen fest, dass es objektiv keinen Zufall gebe.²⁷⁶ Das Wesen des Zufalls liege in dem „*Mangel der Erkennbarkeit der einem Ereignisse zugrunde liegenden Kausalität*“.²⁷⁷ Das Reichsgericht greift somit Überlegungen auf, die in der Philosophie durch die Lehre vom universellen Determinismus vertreten werden. Auch einer der prominentesten Vertreter des Determinismus, *Pierre-Simon Laplace*,²⁷⁸ verneint die Existenz des Zufalls. Dem

²⁷⁴ Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 7, m.w.N.

²⁷⁵ Vgl. Kühne, in: FS Schroeder, 545 (551); vgl. Wolf, Zur strafrechtlichen Problematik des Glücksspiels, S. 75 f.

²⁷⁶ RGSt 27, 94 (95); vgl. auch RGSt 34, 140 (143).

²⁷⁷ RGSt 27, 94 (95); RGSt 34, 140 (143).

²⁷⁸ Französischer Mathematiker, Philosoph und Astronom (1749 – 1827).

liegt die Überlegung zugrunde, dass unter Annahme einer (nie erreichbaren) allumfassenden Intelligenz (auch als Laplace'scher Dämon bezeichnet) diese in der Lage wäre, alle Ereignisse vorauszusagen. Nichts anderes sagt das Reichsgericht, wenn es in den zitierten Entscheidungen ausführt, dass die Empfindung, etwas geschehe zufällig, lediglich dadurch ausgelöst werde, dass der Beobachter die existierende Kausalkette nicht erkennt. Das Reichsgericht löst dieses Dilemma, indem es statt auf den (seines Erachtens nicht existenten) objektiven Zufall auf den subjektiven Zufall aus Sicht des Beobachters abstellt.²⁷⁹

Das Abstellen auf einen subjektiven Zufall alleine löst jedoch keineswegs die eingangs beschriebene Abgrenzungsproblematik. Wurde vorhin auf eine gewisse Deckungsgleichheit von rechtswissenschaftlichem und philosophischem Verständnis bezüglich der Frage der Existenz eines objektiven Zufalls verwiesen, so soll an dieser Stelle eine Besonderheit rechtswissenschaftlicher Definitionsansätze beleuchtet werden. In der gebotenen Kürze sei an dieser Stelle zunächst in Erinnerung gerufen, dass die Frage nach der Existenz des Zufalls und dessen Definition kein Alleinstellungsmerkmal juristischer Diskussionen ist. Mag diese Frage in der Antike primär philosophischer Natur gewesen sein,²⁸⁰ so wurzeln Versuche einer Lösung in jüngerer Zeit neben den Rechts- insbesondere auch in den Naturwissenschaften.²⁸¹ So sind es etwa Erkenntnisse aus der Quantenmechanik, die die reichsgerichtliche Erkenntnis, es gebe keinen objektiven Zufall, ins Wanken bringen. Die auf *Nils Bohr* und *Werner Heisenberg* zurückgehende sogenannte Kopenhagener Deutung²⁸² besagt etwa, dass beispielsweise der Zeitpunkt des Zerfalls eines radioaktiven Atoms eben gerade nicht deshalb nicht vorhergesagt werden kann, weil dem Beobachter Informationen fehlen, sondern weil dies tatsächlich ohne Grund und somit objektiv zufällig geschehe.²⁸³

²⁷⁹ RGSt 27, 94 (95).

²⁸⁰ Vgl. *Carrara*, Zufälligkeit, Spielsysteme und Komplexität, S. 10 ff.

²⁸¹ Vgl. *Carrara*, Zufälligkeit, Spielsysteme und Komplexität, S. 12 ff.

²⁸² Vgl. *Ströhle*, Über die Begriffe „Zufall“ und „absolute Willensfreiheit“ aus ontologischer Perspektive, S. 44 ff.

²⁸³ Vgl. *Kaiser*, Die Lösung des Einstein-Kausalitätsproblems: Das AHK Theorem, S. 4. f., abrufbar im Internet: <<http://www.max-stirner-archiv-leipzig.de/dokumente/Kaiser-Einstein.pdf>> (Stand: 13.06.2016).

Unabhängig von diesen Erkenntnissen dürfen Regelungszweck und Schutzgut der rechtlichen Normen selbstverständlich nicht aus den Augen verloren werden. Auch wenn es entgegen der reichsgerichtlichen Annahme somit wohl einen objektiven Zufall gibt (wobei sogar dieselbe Terminologie verwandt wird),²⁸⁴ legen schon die komplexen physikalischen Prozesse, die zu dessen Beweis herangezogen werden, nahe, dass dies nicht die Zufallsabhängigkeit sein kann, die das Recht pönalisieren will. Fokussiert man sich daher auf die juristischen Versuche der Bestimmung des Zufalls, so stößt man auf folgende terminologische Besonderheit: Während Biologie, Physik, Theologie, Philosophie und Wirtschaftswissenschaften zum größten Teil die Unvorhersehbarkeit als das zentrale Zufallselement verstehen, knüpft die Rechtswissenschaft hingegen an dessen mangelnde Beherrschbarkeit an.²⁸⁵ *Jakl* führt hierzu aus, dass Zufall das sei, „*was nicht durch Handlungen oder Handlungspflichten gesteuert werden kann*“.²⁸⁶ Bereits in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes taucht dieses Bild auf, wenn zum Teil auf die Lenkbarkeit des Spielausganges („*zu lenken und zu bestimmen*“)²⁸⁷ bzw. die Möglichkeit, die Gewinnaussichten zu beeinflussen („*beeinflussen und bestimmen*“),²⁸⁸ abgestellt wird. Bei genauerer Betrachtung ist die Definition von *Jakl* jedoch nicht völlig autark, sondern bleibt mit den anderen Definitionsansätzen verwoben, da die Unvorhersehbarkeit eines Ereignisses bis zu seinem Eintritt auch dazu führt, dass es bis dahin nicht gesteuert werden kann. Auch der BGH erkannte früh, dass der Unterschied verschiedener Definitionen letztlich ohne praktische Bedeutung sei. Die Unterscheidung zwischen dem Mangel der Erkennbarkeit der einem Ereignis zugrunde liegenden Ursächlichkeiten und dem Wirken unberechenbarer Ursachen sei etwa ohne Relevanz, da das Erstere aus dem Letzteren folge.²⁸⁹ Ähnliche Überlegungen veranlassen auch den BGH zu der

²⁸⁴ Vgl. *Zeilinger*, Einsteins Schleier, S. 46.

²⁸⁵ Vgl. *Köhler*, Der Zufall – wissenschaftlich betrachtet, abrufbar im Internet: <http://www.uni-muenster.de/Wissenschaftstheorie/veranstaltungen/_zufall-wissenschaftlich_betrachtet.html> (Stand: 13.06.2016).

²⁸⁶ Siehe die Ausführungen *Jakls*, in: *Köhler*, Der Zufall – wissenschaftlich betrachtet, abrufbar im Internet: <http://www.uni-muenster.de/Wissenschaftstheorie/veranstaltungen/_zufall-wissenschaftlich_betrachtet.html> (Stand: 13.06.2016).

²⁸⁷ RGSt 41, 218 (221).

²⁸⁸ RGSt 41, 331 (332); vgl. auch RGSt 43, 155 (156 f.).

²⁸⁹ Vgl. BGHSt 2, 139 (140).

Feststellung, dass das Merkmal des Zufalls zu bejahen sei, wenn der Ursachenverlauf unbeeinflussbar sei.²⁹⁰

2. Maßgeblicher Personenkreis

Relevant für die Abgrenzung von Glücks- und Geschicklichkeitsspiel ist somit die Frage, ab wann eine ausreichend große Einflussmöglichkeit des Teilnehmers angenommen werden kann.²⁹¹ Steuerbarkeit erscheint in diesem Zusammenhang bereits ein zu weit tragendes Wort, da es bereits ein hohes Maß an präziser Beeinflussung nahelegt. Genauso wenig reicht jedoch bereits jede Beeinflussbarkeit des Ergebnisses durch zielstrebige menschliche Tätigkeit aus.²⁹² Nichtsdestotrotz wird auch in der jüngeren Literatur zum Teil eine Abgrenzung anhand von absoluten Kategorien gefordert, sodass als Glücksspiele nur solche Spiele einzuordnen seien, die ausschließlich zufallsbestimmt sind.²⁹³ Dem kann nicht gefolgt werden. Neben der jahrzehntelangen strafrechtlichen Rechtsprechung und dem Wortlaut des § 3 GlüStV stehen dem insbesondere rechtstatsächliche Gründe entgegen, da es sich bei den im Verlauf dieser Arbeit noch eingehender darzustellenden besonders gefährlichen Spieltypen um sogenannte gemischte Spiele handelt, die sowohl Geschicklichkeits- als auch Zufallselemente beinhalten. Diese würden, ein solches Verständnis zugrunde gelegt, somit allesamt nicht dem Strafrecht unterfallen. Auch den Veranstaltern der verbliebenen reinen Glücksspiele würde eine solche Auslegung des § 284 StGB die Möglichkeit eröffnen, durch minimale Änderungen des Spielablaufes kleine Geschicklichkeitselemente einzubauen, um so Spiele anzubieten, die zwar für die Rechtsgüter der Teilnehmer nicht weniger gefährlich sind, jedoch nicht mehr dem § 284

²⁹⁰ BGHSt 2, 139 (140).

²⁹¹ Vgl. Kühne, in: FS Schroeder, 545 (551).

²⁹² So jedoch OLG Hamburg, Urteil vom 26.04.1951 – 3 U 408/50, MDR 1951, 492 (494).

²⁹³ Kühne, in: FS Schroeder, 545 (553).

StGB unterfallen. Nicht zu vernachlässigen ist überdies die Erkenntnis, dass gerade die wertende Abgrenzung die Möglichkeit bietet, flexibel auf neue Ausprägungen im Spielesektor zu reagieren.²⁹⁴

Mithin ist es zur Abgrenzung unabkömmlich, mithilfe einer wertenden Gesamtbetrachtung das überwiegende Element herauszufiltern, welches den Ausschlag für die Zuordnung gibt.²⁹⁵ Das Gegenstück zur Zufallsabhängigkeit des Glücksspiels bildet hierbei die Möglichkeit der Beeinflussung der Entscheidung durch körperliche oder geistige Fähigkeiten.²⁹⁶ Der Begriff Fähigkeiten ist hierbei sehr weit zu verstehen, sodass etwa die Möglichkeit der Einflussnahme durch den Grad der Aufmerksamkeit der Teilnehmer, ihre Geschicklichkeit, Anstrengungen und Erfahrungen²⁹⁷ ausreicht, um als Geschicklichkeitsspiel klassifiziert zu werden.²⁹⁸

a) Erforderlichkeit des Anknüpfens an den Durchschnittsspieler

Ein solches Anknüpfen an Fähigkeiten zur Bestimmung der Strafbarkeit muss jedoch in einer Art erfolgen, die ein gewisses Maß an Rechtssicherheit gewährleistet. So kann etwa nicht gesondert auf die Fähigkeiten jedes einzelnen Teilnehmers eines Spieles abgestellt werden.²⁹⁹ Erforderlich ist vielmehr die einheitliche Beurteilung eines Spieles, damit es nicht für den einen Teilnehmer ein Glücks- und für den anderen ein Geschicklichkeitsspiel darstellt.³⁰⁰ Maßgebend für das jeweilige Spiel sind somit die Fähigkeiten eines Durchschnittsspielers.³⁰¹ Hiergegen wird zum Teil eingewendet, dass es den zu dieser

²⁹⁴ Vgl. Volk, Glücksspiel im Internet, S. 18.

²⁹⁵ Vgl. Dietlein, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 3 GlüStV Rn. 4; Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 9; BVerwGE 2, 110 (111).

²⁹⁶ Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 7; vgl. RGSt 40, 21 (33).

²⁹⁷ Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 9.

²⁹⁸ Krehl, in: Leipziger Kommentar, § 284 Rn. 9.

²⁹⁹ a.A. Hoyer, in: SK, § 284 Rn. 19, der durch die einheitliche Betrachtung die unterschiedliche Schutzbedürftigkeit der verschiedenen Teilnehmer ohne sachlichen Grund nivelliert sieht.

³⁰⁰ Volk, Glücksspiel im Internet, S. 17.

³⁰¹ Feilcke, in: von Heintschel-Heinegg, § 284 Rn. 13.

Bestimmung erforderlichen Durchschnittsspieler nicht gebe.³⁰² Als Konsequenz wird in der Literatur zum Teil gefordert, entweder jedes eine Zufallskomponente beinhaltende Spiel als Glücksspiel einzuordnen³⁰³ oder im Gegenteil, wie eingangs bereits angesprochen, nur solche Spiele, bei denen ausschließlich der Zufall das Ergebnis bestimmt. Die Vertreter dieser Auffassung argumentieren mit der Rechtsunsicherheit, die bei einer Abstellung auf den Durchschnittsspieler gegeben sei, was in Anbetracht der Strafbewehrtheit nicht hinnehmbar sei.³⁰⁴

Dem ist jedoch zum einen entgegenzuhalten, dass die Strafbarkeit über die Zufallsabhängigkeit hinaus noch die Erfüllung weiterer Tatbestandsmerkmale voraussetzt. Auch ist zu beachten, dass die strafrechtliche Irrtumslehre gerade dazu führt, dass nicht jede objektive Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals zu einer strafrechtlichen Pönalisierung führt. Überdies handelt es sich hierbei auch nicht um eine rein glücksspielspezifische Problematik. So ist dem deutschen Recht die Bestimmung eines durchschnittlich verständigen Dritten³⁰⁵ bzw. sogar die Bestimmung eines durchschnittlichen Spielteilnehmers³⁰⁶ nicht fremd. Die Alternative in Form einer Anknüpfung an den jeweiligen Spielteilnehmer ist aus rechtssystematischen Gründen auch bereits deshalb ausgeschlossen, weil die Tat des § 284 Abs. 1 StGB bereits vollendet ist, wenn den Spielern eine Beteiligungsmöglichkeit eröffnet wurde.³⁰⁷ Auf die Durchführung des ersten Spieles kommt es gerade nicht an, sodass im Zeitpunkt der Tatvollendung ggf. noch gar nicht feststeht, wer konkret an dem Spiel teilnehmen wird. Auch *Mintas* lehnt die Bezugnahme auf einen aus den konkreten Teilnehmern gebildeten Durchschnittsspieler ab. Sie begründet ihre Überlegung dahingehend, dass ein Teilnehmer eines Spieles regelmäßig nicht abschätzen könne, ob die anderen Teilnehmer dieses Spieles

³⁰² *Wolf*, Zur strafrechtlichen Problematik des Glücksspiels, S. 70; *Belz*, Das Glücksspiel im Strafrecht, S. 67 ff.

³⁰³ Vgl. etwa *Glöckner/Towfigh*, JZ 2010, 1027 (1034).

³⁰⁴ Vgl. *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 46.

³⁰⁵ So etwa im Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht, vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, § 5 Rn. 2.87 ff.; *Schweizer*, GRUR 2000, 923 (923 ff.); *Lübberger*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 41 Rn. 7 ff.

³⁰⁶ Siehe unten im Rahmen des Irreführungsverbot in Abschnitt G III 2 a.

³⁰⁷ *Wohlers/Gaede*, in: NK, § 284 Rn. 9, 18; *Krehl*, in: Leipziger Kommentar, § 284 Rn. 18; vgl. RGSt 61, 12 (15).

sich ihrerseits auf Glück oder Geschicklichkeit verlassen.³⁰⁸ *Mintas* stellt somit auf die subjektive Einschätzung der Teilnehmer ab. Gerade hierin und nicht im Abstellen auf den Durchschnittsspieler ruht jedoch die Gefahr der von ihr beschriebenen unzweckmäßigen Ergebnisse. Diese Auffassung verkennt nämlich, dass bereits der einzelne Spieler bei gemischten Spielen unter Umständen subjektiv nicht einschätzen kann, ob bei ihm selbst der Zufall oder seine Fähigkeiten überwiegen. Als Beispiel soll an dieser Stelle das Telefongewinnspiel dienen, auf welches im weiteren Verlauf dieser Arbeit in aller Ausführlichkeit eingegangen werden soll.³⁰⁹ Bei dieser Art von Spielen besteht die Zufallskomponente darin, dass der Anruf des Teilnehmers aus der Vielzahl an Anrufen ausgewählt werden muss, um überhaupt die Möglichkeit zu erhalten, eine Frage zu beantworten. Die Beantwortung selbst wiederum knüpft dann an die Fähigkeiten des Teilnehmers an. Regelmäßig wird der Teilnehmer jedoch keine Informationen über Anrufervolumen und Auswahlverfahren haben. Letztlich würde eine subjektive Beurteilung somit nicht auf die Fähigkeiten des Einzelnen abstellen, sondern auf dessen Selbsteinschätzung und Gemütszustand. Ein besonders optimistischer oder naiver Zuschauer könnte beispielsweise davon ausgehen, dass die Auswahlchance aufgrund von geringen Anruferzahlen hoch sei und das entscheidende Spielelement somit nicht der Zufall, sondern seine Geschicklichkeit sei. Andersherum könnte ein pessimistischer (aber dennoch partizipierender) Teilnehmer zu dem Schluss kommen, das Spiel sei durch das Auswahlverfahren ohnehin lediglich zufallsabhängig. Die subjektive Wahrnehmung des Teilnehmers muss also gerade aus Gründen der Rechtssicherheit unbeachtlich sein. Dieselbe Wertung muss auch an anderer Stelle, im Zusammenhang mit den Unterhaltungsspielen, angewandt werden.³¹⁰

³⁰⁸ Vgl. *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 46; ebenfalls auf die subjektive Einschätzung abstellend *Klam*, Die rechtliche Problematik von Glücksspielen im Internet, S. 103.

³⁰⁹ Siehe unten Abschnitt G III.

³¹⁰ So nimmt auch derjenige an einem Glücksspiel teil, der den Einsatz für ein Spiel als reine Gegenleistung für dessen Unterhaltungswert versteht. Vgl. unten Abschnitt D II.

b) Ermittlung dieses Durchschnittsspielers

Hiervon abzugrenzen ist die Frage, aus welcher Gruppe der Durchschnittsspieler zu ermitteln ist. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Rechtsprechung auf die konkreten Teilnehmer des jeweiligen Spieles abstellen wolle.³¹¹ Zum Teil wird der Rechtsprechung darüber hinaus ein Wandel dieses Ansatzes unterstellt, hin zu einer Ermittlung des Durchschnittsspielers aus dem Personenkreis, für den das Spiel eröffnet wurde.³¹²

aa) Kein Wandel der Rechtsprechung

Der BGH stellte bereits früh ausdrücklich fest, dass er in diesem Punkt an der Rechtsprechung des RG festhalte.³¹³ Ausdrücklich erwähnte er dies unter anderem gerade in dem Urteil, in das zum Teil eine Abkehr hineininterpretiert wird.³¹⁴ Das Reichsgericht spricht davon, dass der Charakter eines Spieles gegenüber „dem Publikum, dem die Spielgelegenheit geboten wird, nur einheitlich zu beurteilen [ist (Anm. des Verf.)]“. ³¹⁵ Im selben Urteil spricht das Gericht wenig später von den „durchschnittlichen Fähigkeiten der beteiligten Personen“, um dann im weiteren Verlauf auf „das spielende Publikum, dem es eröffnet ist und das sich daran beteiligt“ abzustellen.³¹⁶

Einem anderen Urteil des Reichsgerichtes lag die Frage zugrunde, ob die Absicht des Veranstalters, dass das Spiel von ungeübten Personen gespielt werde, für die Unterscheidung von Glücks- und Geschicklichkeitsspiel relevant sei. Das Gericht führte hierzu aus, dass diese Absicht des Veranstalters unter anderem erheblich wäre für die Frage, „*welche Einrichtung der Angeklagte dem Spiel gegeben hatte*“. ³¹⁷ Des

³¹¹ Vgl. *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 45 ff.; *Berberich*, Das Internet-Glücksspiel, S. 35.

³¹² *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 46 f.

³¹³ BGHSt 2, 274 (276); BGHSt 36, 74 (80).

³¹⁴ Vgl. BGHSt 36, 74 (80); *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 47, Fn 11.

³¹⁵ RGSt 41, 218 (221).

³¹⁶ RGSt 41, 218 (222).

³¹⁷ RGSt 41, 331 (333).

Weiteren sei innerhalb derselben Veranstaltung zur Abgrenzung von Glücks- und Geschicklichkeitsspiel abzustellen auf „*denjenigen Kreis von Personen, dem es* [das Spiel (Anm. des Verf.)] *vom Veranstalter nach dieser Veranstaltung angeboten werde*“.³¹⁸ Das Gericht misst somit der Intention des Veranstalters und der „Einrichtung“ auch über den subjektiven Tatbestand hinaus eine Bedeutung zu.³¹⁹ Würde es tatsächlich nur auf die Fähigkeiten der konkreten Spielteilnehmer ankommen, so wäre die Intention des Veranstalters diesbezüglich zu vernachlässigen. Darüber hinaus betrieb der Angeklagte im der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt verschiedene Automaten-spiele, um deren rechtliche Einordnung es ging. Ausgehend von heutigen Automaten-spielen wird es sich im Gegensatz etwa zu Karten-spielen hierbei regelmäßig um Spiele handeln, die ein Spieler allein („gegen den Automaten“) spielt. Die einheitliche rechtliche Einordnung des Spieles innerhalb „*der einzelnen Veranstaltung*“ legt somit nahe, dass nicht ein Spielvorgang gemeint sein kann. Die Veranstaltung ist somit vielmehr zu verstehen als das Eröffnen der Spielmöglichkeit unter gleichbleibenden Rahmenbedingungen. Der durchschnittliche „Teilnehmer“ „einer Veranstaltung“ ist somit jeder, dem die Spielmöglichkeit eröffnet wird. Auf eine Spielteilnahme kommt es nicht an.³²⁰ Auch vor dem Hintergrund einer missverständlichen Wortwahl, die zum Teil auf das spielende und sich beteiligende Publikum und zum Teil auf das Publikum, dem die Möglichkeit zur Teilnahme geboten wird, abstellt, ist aufgrund der ausdrücklichen Beibehaltung der ständigen Rechtsprechung durch Reichsgericht und BGH jedenfalls die Interpretation eines Wandels unhaltbar.³²¹ Aufgrund der obigen Ausführungen ist überdies auch die Ansicht, die Rechtsprechung wolle im Rahmen der einheitlichen Betrachtungsweise auf die konkret Spielenden abstellen, abzulehnen.³²² Auch wenn zum Teil nicht immer eindeutig, stellt die höchstrichterliche Rechtsprechung vielmehr weiterhin

³¹⁸ RGSt 41, 331 (333).

³¹⁹ Vgl. auch RGSt 62, 163 (166).

³²⁰ Vgl. RGSt 62, 163 (166); RGSt 43, 155 (157).

³²¹ So jedoch *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 46 f.

³²² So jedoch *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 45 f.; *Hoyer*, in: SK, § 284 Rn. 19.

seit jeher auf das Publikum ab, dem die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet ist.³²³

bb) Nachteile des bisherigen Ansatzes

Ist das Abstellen auf die konkreten Spielenden somit zu eng, stellt sich im Gegenzug die Frage, ob ein solches Abstellen auf den Durchschnitt aller möglichen Spielteilnehmer zu weit geht. Handelt es sich nicht um einen Fall des § 284 Abs. 2 StGB, ist die Teilnahme also nicht auf Vereinsmitglieder oder Ähnliche beschränkt,³²⁴ so wird im Regelfall, zum Zwecke der Maximierung der Einnahmen, das Spiel insbesondere über das Internet der Allgemeinheit eröffnet sein. In einem solchen Fall käme es folglich auf die Durchschnittsfähigkeiten der erwachsenen Bevölkerung an. Etwas einschränkender hat das BVerwG Mitte der 80er-Jahre angefangen, explizit auf die Durchschnittsfähigkeiten der spielinteressierten erwachsenen Bevölkerung abzustellen.³²⁵ Diese Einschränkung geht zwar in die richtige Richtung, allerdings noch nicht weit genug. „Spielinteresse“ liest sich in den Urteilen des BVerwG als eine grundsätzliche Charaktereigenschaft, welche sich, sofern man über sie verfügt, auf alle Spiele erstreckt. Eine solche Aufteilung in spielinteressierte und nichtspielinteressierte Menschen und die Schlussfolgerung, dass ein bestehendes Spielinteresse sich auf alle existierenden Spiele erstreckt, wird jedoch der im weiteren Verlauf der Arbeit aufzuzeigenden Vielfältigkeit und Spezialisierung heutiger Spiele nicht gerecht. Im Lichte der Ausführungen *Huizingas* zur Bedeutung des Spiels für den Menschen erscheint überdies bereits fraglich, wie vielen Menschen ein Spielinteresse vollständig abgesprochen werden kann.³²⁶ Die Vergleichsgruppe ist somit zu groß. Dies mag auf den ersten Blick unproblematisch erscheinen. Auch

³²³ BGHSt 2, 274 (276); BGH, Urteil vom 28.11.2002 – 4 StR 260/02, NStZ 2003, 372 (373); vgl. *Wohlers/Gaede*, in: NK, § 284 Rn. 9.

³²⁴ Vgl. *Wohlers/Gaede*, in: NK, § 284 Rn. 9.

³²⁵ Vgl. BVerwG, Urteil vom 9.10.1984 – 1 C 20/82, NVwZ 1985, 829 (829); BVerwGE 115, 179 (185); vgl. auch *Dickersbach*, WiVerw 1985, 23 (35). Im Gegensatz hierzu noch BVerwG, Urteil vom 28.09.1982 – 1 C 139.80, GewArch 1983, 60 (60 ff.); BVerwG, Urteil vom 28.09.1982 – 1 C 106.78, GewArch 1983, 63 (63 ff.).

³²⁶ Vgl. oben Abschnitt B II 1.

wenn entgegen der landläufigen Meinung das Vergrößern einer Vergleichsgruppe diese nicht zwangsläufig repräsentativer macht,³²⁷ müsste unabhängig von der praktischen Umsetzung jedenfalls durch das Einbeziehen sämtlicher potenziellen Spielteilnehmer ein fiktiver Durchschnittsspieler ermittelt werden können, der eine rechtliche Spieleinordnung ermöglicht, die dem Ziel eines verhältnismäßigen Rechtsgüterschutzes gerecht wird.

Dass eine Abgrenzung unter Berücksichtigung der Fähigkeiten aller potenziellen Spieler jedoch gerade nicht immer zu zweckmäßigen Ergebnissen führt, veranschaulicht etwa *Wrage* am Beispiel von Sportwette und Schach.³²⁸ Zur Ermittlung der Durchschnittsfähigkeiten auf alle Erwachsenen abzustellen, führt ihm zufolge zu einem starken „*Herunterschrauben*“ der Fähigkeiten. Die Folge wäre, dass nicht nur etwa Sportwetten, sondern sogar Schach als Glücksspiel einzuordnen sei.

Mintas deutet die weiteren Ausführungen *Wrages* dahingehend, dass dieser den relevanten Durchschnittsspieler aus der Gruppe derjenigen potenziellen Teilnehmer bilden will, die alle Spielregeln und sonstigen spielentscheidenden Begleitumstände (für Sportwetten insbesondere: die Möglichkeiten, Informationen einzuholen) in zumindest ausreichendem Maße verinnerlicht haben. In der Folge schließt sich *Mintas* dieser Eingrenzung an.³²⁹

Hierbei verkennt *Mintas* jedoch, dass das Urteil, auf welches *Wrage* sich bezieht, auf den „Durchschnitt der Teilnehmenden“ abstellt.³³⁰ Es ist dann auch eben jener Kreis, den *Wrage* noch einmal weiter eingengen will. Mithin verlangt er, innerhalb des Kreises der konkreten Teilnehmer nur diejenigen zu berücksichtigen, die „*alle Spielregeln und*

³²⁷ Vgl. *Squire*, The Public Opinion Quarterly 1988, 125 (125 ff.), der dieses Phänomen an der durch Literary Digest durchgeführten Befragung im Vorfeld der US-Präsidentschaftswahl 1936 veranschaulicht.

³²⁸ *Wrage*, NSTZ 2001, 256 (256).

³²⁹ Vgl. *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 48.

³³⁰ AG Karlsruhe-Durlach, Urteil vom 13.07.2000 – 1 Ds 26 Js 31893/98, NSTZ 2001, 254 (254).

*sonstigen spielentscheidenden Begleitumstände (für Sportwetten insbesondere: die Möglichkeiten, Informationen einzuholen) in zumindest ausreichendem Maße verinnerlicht haben“.*³³¹

Tatsächlich zeigt *Wrage* damit einen Makel auf, welchen die herrschend praktizierte Ermittlung der Durchschnittsfähigkeiten gerade bei den diese Arbeit beschäftigenden Internetglücksspielen offenbart. Durch die Nutzung des Internets werden die Erreichbarkeit und damit auch die Gruppe derer, denen das jeweilige Spiel eröffnet ist, noch einmal erweitert. Als Folge werden hierdurch komplexere und hochspezialisierte Spiele für den aus dieser Gruppe ermittelten durchschnittlichen erwachsenen Internetnutzer gegebenenfalls zu Glücksspielen. Ein solches Ergebnis wäre kaum vermittelbar, da gerade komplexe Spiele wie etwa Schach im allgemeinen Verständnis geradezu zum Symbol für Geschicklichkeitsspiele geworden sind. Insofern ist der Versuch, die Gruppe näher einzuengen, begrüßenswert. Allerdings ist hierbei sowohl das Ansetzen an der Gruppe der konkreten Teilnehmer als auch das Erfordernis eines „Verinnerlichens“ von Spielregeln und Begleitumständen abzulehnen.

Das Abstellen auf den konkreten Teilnehmerkreis ist abzulehnen, weil das gleiche Spiel je nach Teilnehmer mal Geschicklichkeits- und mal Glücksspiel wäre. Dies ist aus Gründen der Rechtssicherheit nicht hinnehmbar.³³² Die weitere Einschränkung durch *Wrage* vermag eventuell diese Schwankungen abzufedern. Sie stellt jedoch zu hohe Anforderungen. Gerade bei komplexeren Spielen mit kleiner Teilnehmerzahl wäre je nachdem, ab wann man ein ausreichendes Maß an „Verinnerlichung“ der Regeln und Begleitumstände annimmt, gegebenenfalls nur noch ein Kreis von 1 oder 2 Spielern übrig, deren Fähigkeiten dann darüber entscheiden sollen, wie dieses Spiel für alle Teilnehmer einzusortieren ist. Wird bei einem Abstellen auf alle potenziellen Teilnehmer ein „Herunterschrauben“³³³ der Durchschnittsfähigkeiten bemängelt, so ist *Wrages* Vorschlag mit Blick auf den Schutzzweck der Regelungen als unverhältnismäßiges „Hochschrauben“ einzuordnen.

³³¹ *Wrage*, NSTZ 2001, 256 (256); zustimmend *Berberich*, Das Internet-Glücksspiel, S. 35.

³³² Vgl. *Berberich*, Das Internet-Glücksspiel, S. 35.

³³³ *Wrage*, NSTZ 2001, 256 (256).

Für einen effektiven Rechtsgüterschutz muss sich das Recht an den tatsächlichen Gegebenheiten orientieren. Eine ständig wechselnde Einordnung des gleichen Spieles mal als Glücks- und mal als Geschicklichkeitsspiel ist der Rechtssicherheit tatsächlich abträglich. Mindestens genauso abträglich ist es jedoch, gemischte Spiele, an denen Laien und Experten verschiedenster Bildungsschichten teilnehmen, regelmäßig als Geschicklichkeitsspiele einzuordnen, da das Studium von Regelwerken, Fachbüchern oder Ähnlichem das Spiel auch für die Laien zum Geschicklichkeitsspiel gemacht hätte. Hierin spiegelt sich ein Paternalismus wider, der von dem Ideal ausgeht, dass nur diejenigen Menschen an gemischten Spielen teilnehmen werden, die sich eingehend mit den Umständen befasst haben und eine Abwägung getroffen haben, die ihren Spielentschluss gestärkt hat. Die obigen Ausführungen zu Zielsetzung und Schutzgütern des Glücksspielrechtes zeichnen jedoch ein anderes Bild. Gerade der pathologische Spieler wird im Zweifel durch eine solche Abgrenzung nicht mehr zu erreichen sein. Überdies ist eine Industrie, die an menschliche Urinstinkte anknüpft und oftmals durch das Setzen von visuellen und akustischen Reizen Spieler animieren will, den „blinkenden Knopf“ zu drücken, auch gerade nicht ausschließlich darauf ausgelegt, Teilnehmer zu akquirieren, die als Vorbereitung auf ihre Teilnahme eine umfassende Abwägung treffen und sich mit Feinheiten der Regelkunde oder anderen Begleitumständen auseinandersetzen. Auch wenn ein Abstellen auf die jeweiligen Spielteilnehmer abzulehnen ist, da Rechtssicherheit auch eine gewisse Konstanz in Sachen der Einordnung eines Spieles erfordert, darf dies nicht dazu führen, dass den tatsächlichen Teilnehmern und ihren Rechtsgütern durch die Einordnung eines Spieles als Geschicklichkeitsspiel rechtlicher Schutz entzogen wird mit der Begründung, sie hätten sich vor der Teilnahme mehr mit den Regeln und Abläufen vertraut machen müssen.³³⁴

³³⁴ Vgl. auch *Hoyer*, in: SK, § 284 Rn. 19, der ebenfalls die Nivellierung der unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit anprangert. *Hoyer* geht jedoch davon aus, dass h.L. und Rspr. auf die konkret Beteiligten abstellen. Als Konsequenz lehnt er die einheitliche Betrachtungsweise insgesamt ab.

c) Eigener Ansatz

Die besseren Argumente sprechen somit weiterhin für ein Abstellen auf die potenziellen Teilnehmer, also diejenigen, denen das Spiel eröffnet ist. Um ein „Herunterschrauben“ der Durchschnittsfähigkeiten zu verhindern, ist diese Gruppe jedoch dahingehend einzugrenzen, dass höhere Anforderungen an das Merkmal der „Erreichbarkeit“ für ein Spielangebot zu stellen sind. Gerade vor dem Hintergrund der weltweiten Erreichbarkeit mancher Spielangebote durch das Internet ist eine Erreichbarkeit im Sinne des Besitzes der technischen Möglichkeiten (etwa PC mit Internetanschluss) nicht ausreichend. Erforderlich muss zusätzlich eine „emotionale Erreichbarkeit“ sein. Es kann zur Bestimmung der Durchschnittsfähigkeiten mithin nur auf die Spieler ankommen, die eine Spielteilnahme in Erwägung ziehen. Auf den ersten Blick erscheint dieses Kriterium schwammig und konturlos. Es ist jedoch zu bedenken, dass auch wenn etwa Internetspiele für jeden Internetnutzer eröffnet sind, die Existenz bestimmter Zielgruppen nicht geleugnet werden kann. So legen etwa die Aufmachung bestimmter Webseiten oder die Werbekonzepte bestimmter Anbieter die Ausrichtung auf eine bestimmte Klientel nahe. Auch wenn somit beispielsweise jeder volljährige Internetnutzer an Sportwetten bei *bwin* teilnehmen kann, so scheint *bwin* durch die Platzierung von Bandenwerbung bei Fußballspielen, Trikotsponsoring und Ähnlichem gezielt sportinteressierte Menschen ansprechen zu wollen. Es ist zu vermuten, dass Anbieter wie *bwin* im Rahmen ihrer Werbekonzepte Analysen dahingehend durchführen, aus welcher Gruppe sich ihre Kundschaft rekrutiert und welche demografischen, ethnischen und sozialen Gruppen mit ihrem Angebot nicht erreicht werden können. Auch die Erkenntnisse aus der Suchtforschung ermöglichen zumindest erste Ansätze einer gesellschaftlichen Verortung der jeweiligen Spieltypen.³³⁵ Diese

³³⁵ Auch wenn die vom Glücksspiel ausgehenden Gefahren ein gesamtgesellschaftliches Problem darstellen, könnte etwa die Aufteilung in verschiedene soziodemografische Bevölkerungsgruppen, welche die PAGE Studie vornimmt, Anhaltspunkte einer groben Verortung liefern. Vgl. PAGE Studie S. 57 ff., abrufbar im Internet: <<http://www.jogoremoto.pt/docs/extra/FooxpP.pdf>> (Stand: 13.06.2016).

Einschätzungen sollen keineswegs als verbindlicher Maßstab herangezogen werden. Sie zeigen jedoch, dass Ansätze existieren, die in der Praxis helfen könnten, eine Gruppe zu formen, aus der ein repräsentativer Durchschnitt gebildet werden kann.

Der Grund, aus dem es unangemessen erscheint, dass alle Internetnutzer zur Bestimmung des Durchschnitts herangezogen werden, ist also nicht, wie *Wrage* es nahelegt, dass sie teilweise die Regeln nicht kennen, sondern dass sie teilweise niemals an einem solchen Spiel teilnehmen würden. Würde man die Anforderung *Wrages* so interpretieren, wie *Mintas* es fälschlicherweise tut, nämlich als ein Anknüpfen an die Durchschnittsfähigkeiten der regelkundigen potenziellen Teilnehmer, so würde dies immer noch zu hohe Anforderungen stellen und somit zu nicht zweckmäßigen Ergebnissen führen. Darüber hinaus würde es vereinzelt auch zu ungewollten Auswüchsen führen. Ein anschauliches Beispiel im Zusammenhang mit Sportwetten lässt sich hierbei anhand der etwa 5.000 Fußballspieler, Trainer und Offiziellen bilden, die jährlich die im Zuge des nach dem Manipulationsfall um den DFB-Schiedsrichter *Hoyzer* im Jahre 2005 erlassenen Maßnahmenkataloges entstandene Vereinbarung eines Wettverbotes unterzeichnen.³³⁶ Auch der EU Athletes Code of Conduct der European Gaming & Betting Association rät Sportlern in Ziffer 3b davon ab, innerhalb ihrer eigenen Sportart zu wetten.³³⁷ Diese Regelungen zeigen auf, dass es Erwachsene gibt, denen man als aktiv am jeweiligen Sportgeschehen Beteiligten die geforderte Kenntnis der Begleitumstände nicht absprechen können wird. Sollten sie darüber hinaus die Regeln der Fußball-Sportwette beherrschen, würde sie dies zu einem Teil der Gruppe machen, auf die *Mintas* zur Bestimmung der Durchschnittsfähigkeiten abstellen will. Dies entbehrt nicht einer ge-

³³⁶ Vgl. DFB (Hrsg.), Spielmanipulation: Sandrock stellt DFB-Maßnahmen vor, abrufbar im Internet: <<http://www.dfb.de/news/detail/spielmanipulation-sandrock-stellt-dfb-massnahmen-vor-40092>> (Stand: 13.06.2016), sowie § 1 Abs. 2 der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB, abrufbar im Internet: <http://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/2014124_08_Rechts-Verfahrensordnung.pdf> (Stand: 13.06.2016).

³³⁷ European Gaming & Betting Association (Hrsg.), Code of Conduct on Sports Betting for Athletes, abrufbar im Internet: <http://www.egba.eu/pdf/Athletes_COC_A5_EN_v08.pdf> (Stand: 13.06.2016).

wissen Absurdität, da gerade diese Menschen sich vertraglich gegenüber ihrem Arbeitgeber³³⁸, Sponsor oder anderen Stellen verpflichten, nicht an den Wetten teilzunehmen. Die Tatsache, dass sie es gegebenenfalls faktisch könnten, da insbesondere auch kein Ausschluss durch den Glücksspielanbieter erfolgt, würde trotzdem reichen, dass ihre Fähigkeiten zur Abgrenzung Glücks-/Geschicklichkeitsspiel herangezogen werden, wohingegen etwa die Fähigkeiten des Sympathisanten eines Fußballvereines, welcher aus „Vereinstreue“ Geld auf Siege seines Lieblingsvereines setzt, ohne sich mit den zum Teil komplizierten Setzvarianten und Regeln auseinanderzusetzen, unbeachtlich wären.

d) Zwischenfazit

Statt anhand einer Anknüpfung an alle potenziellen Spieler, einer Anknüpfung an die konkreten Spieler oder einer Einschränkung einer der beiden Varianten hinsichtlich „regelwerkverinnerlichender Spieler“ ist Rechtssicherheit und effektivem Rechtsschutz somit am besten gedient, wenn der Durchschnittsspieler aus dem Kreis derjenigen gebildet wird, für die zum einen das Spiel erreichbar (eröffnet) ist, die im Gegenzug jedoch auch selbst für das Spiel erreichbar (empfänglich) sind. Nicht zuletzt aufgrund der Diversifikation, die die Landschaft der gemischten Spiele in den letzten Jahren erfahren hat, reicht somit die vage Charaktereigenschaft „Spielinteresse“ nicht aus. Eher wäre ein Interesse an dieser konkreten Spielart nötig. Zu fordern ist somit eine „gegenseitige Erreichbarkeit“.

³³⁸ Vgl. etwa § 1 Abs. 5 des DFB-Mustervertrages für Vertragsspieler, abrufbar im Internet: <http://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/31696-Mustervertrag_Vertragsspieler_03-2014.pdf> (Stand: 13.06.2016).

3. Bestimmung des „Überwiegens“

Ist hierdurch eine Entscheidung dahingehend getroffen, wessen Fähigkeiten zur Abgrenzung heranzuziehen sind, bleibt zu erörtern, in welchem Verhältnis diese Fähigkeiten zum Zufall stehen müssen, um noch als Geschicklichkeitsspiel eingeordnet werden zu können.

Bezüglich der Frage der Gewichtung des Zufalls-/Geschicklichkeitselements bestimmt § 3 Abs. 1 S. 1 des GlüStV, dass ein Glücksspiel dann vorliegt, wenn die Entscheidung über den Gewinn „*ganz oder überwiegend*“ vom Zufall abhängt. In Rechtsprechung und Literatur finden sich diesbezüglich eine ganze Reihe terminologischer Variationen. So wird hinsichtlich des Zufallsanteils an der Entscheidung über den Gewinn unter anderem „bestimmen“,³³⁹ „wesentliches bestimmen“,³⁴⁰ „hauptsächliches bestimmen“,³⁴¹ eine „maßgebliche Abhängigkeit“³⁴² bzw. eine „hauptsächliche Abhängigkeit“³⁴³ gefordert. Andere Stimmen argumentieren aus der Gegenrichtung und verlangen ein „eindeutiges Überwiegen“ des Geschicklichkeitsanteils.³⁴⁴

Letztlich schafft es keine der Definitionen, konkrete Kriterien zu benennen, an denen ein Überwiegen messbar wäre, weshalb *Belz* in der relativen terminologischen Einigkeit einen Ausdruck der Hilflosigkeit erkennt.³⁴⁵

Abseits dieser Einigkeit will etwa das AG Karlsruhe-Durlach ausdrücklich nicht darauf abstellen, welcher der beiden Faktoren überwiegt. Vielmehr soll es, um nicht von einem Glücksspiel auszugehen, ausreichen, wenn die „*Fähigkeiten mitbestimmend und nicht völlig zu vernachlässigen sind*“.³⁴⁶ Eine solche Abkehr von der – abseits der aufgezeigten sprachlichen Nuancen – seit jeher in Rechtsprechung und

³³⁹ *Feilcke*, in: von Heintschel-Heinegg § 284 Rn. 13.

³⁴⁰ *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 7; RGSt 6, 172 (176).

³⁴¹ BGHSt 2, 274 (276); *Wohlers/Gaede*, in: NK, § 284 Rn. 8

³⁴² *Hohmann*, in: MüKo, § 284 Rn. 7.

³⁴³ *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 284 Rn. 2

³⁴⁴ Vgl. *Ennuschat*, in: GS Tettinger, S. 45, 54, der aufgrund der Wertung des § 33c Abs. 1 S. 1 GewO im Zweifelsfall von einem Glücksspiel ausgehen will.

³⁴⁵ *Belz*, Das Glücksspiel im Strafrecht, S. 59.

³⁴⁶ AG Karlsruhe-Durlach, Urteil vom 13.07.2000 – 1 Ds 26 Js 31893/98, NStZ 2001, 254 (255).

Literatur einheitlich praktizierten Gegenauffassung entbehrt jedoch jeder Grundlage und wäre nicht im Sinne einer effektiven Gefahrenabwehr.³⁴⁷ Trotz der gegebenen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung ist somit weiterhin entscheidend, welcher der beiden Faktoren überwiegt.³⁴⁸ Geht man davon aus, dass Zufall und Geschicklichkeit die einzigen Parameter sind und die Entscheidung über Gewinn und Verlust in Summe zu 100 % bestimmen, so ist entscheidend, welcher der beiden Faktoren die Entscheidung zu über 50 % beeinflusst. Für die Rechtssicherheit wünschenswert wäre somit eine Berechnungsmethode.

a) Berechnungsansätze im Rahmen des gewerblichen Spielrechts

Ansätze hierzu finden sich beispielweise in Ausführungen zum gewerblichen Spielrecht der §§ 33c ff. GewO. Zur Bestimmung eines Maßstabes, anhand dessen die Zufalls- und Geschicklichkeitsanteile quantifiziert werden können, werden dort zwei verschiedene Ansätze vertreten.

Zum einen könnte durch eine Gegenüberstellung von Treffern und Nichttreffern das Verhältnis dieser beiden Ereignisse zueinander ermittelt werden. Stimmen in Literatur und Rechtsprechung bemängeln jedoch, dass durch eine solche Gegenüberstellung die Nichttreffer ausnahmslos dem Zufall zugeordnet werden und somit nicht berücksichtigt wird, dass Nichttreffer auch auf Ungeschicklichkeit zurückzuführen sein können.³⁴⁹ Hierdurch werde demnach nur eine Aussage über den Schwierigkeitsgrad des Spieles getroffen.³⁵⁰ Zu ermitteln sei somit vielmehr das Verhältnis der durch Zufall erzielten Treffer zu den

³⁴⁷ Vgl. *Wrage*, NStZ 2001, 256 (256).

³⁴⁸ Vgl. BVerwGE 2, 110 (111); *Hohmann*, in: MüKo, § 284 Rn. 7.

³⁴⁹ HessVGH, Urteil vom 26.10.2000 – 8 UE 3924/95, NJOZ 2001, 499 (501); *Schilling*, GewArch 1995, 318 (321).

³⁵⁰ Vgl. *Dickersbach*, WiVerw. 1985, 23 (38); zustimmend *Schilling*, GewArch 1995, 318 (321).

durch Geschicklichkeit verursachten Treffern. Von einem Geschicklichkeitsspiel sei demnach bereits dann auszugehen, wenn die Trefferquote von einem Durchschnittsspieler durch den Einsatz seiner Geschicklichkeit um mehr als das Doppelte der Zufallstrefferquote erhöht werden kann und die Trefferquote im Verhältnis zur Nichttrefferquote noch als wesentlich anzusehen ist.³⁵¹ Zur Ermittlung der Zufallsquote sollen in der Praxis Selbstspiele des Automaten durchgeführt werden.³⁵² Hieran wird bereits deutlich, dass diese Abgrenzungsmethode stark auf elektronisch gesteuerte Geschicklichkeitsautomaten mit wenigen Handlungsmöglichkeiten ausgerichtet ist. So erscheint etwa schwer vorstellbar, wie durch diese Methode die Zufallsquote von anderen gemischten Spielen, etwa Telefongewinnspielen, ermittelt werden könnte, insbesondere da zum Teil gefordert wird, dass selbst sogenannte Blindspiele³⁵³ nicht zur Bestimmung herangezogen werden dürfen.³⁵⁴ Die auf diesem Wege ermittelte Zufallstrefferquote wird im nächsten Schritt abgezogen von der durchschnittlichen Trefferquote der Teilnehmer. Das Resultat ist demnach die Trefferquote, die allein auf Geschicklichkeit zurückgeführt werden kann.³⁵⁵

Dieser Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als auch Niederlagen gegebenenfalls durch einen Geschicklichkeitsanteil bestimmt sein können.³⁵⁶ Allerdings führen selbst die Vertreter dieser Bestimmungsmethode an, dass die Geschicklichkeitsanteile aus den Nichttreffern „nicht zu isolieren“ sind.³⁵⁷

Es besteht somit Einvernehmen dahingehend, dass Niederlagen nicht ausschließlich dem Zufall geschuldet sein müssen, sondern beispielsweise auch ein bewusstes strategisches Mittel sein können, um Lö-

³⁵¹ HessVGH, Urteil vom 26.10.2000 – 8 UE 3924/95, NJOZ 2001, 499 (501 f.).

³⁵² HessVGH, Urteil vom 26.10.2000 – 8 UE 3924/95, NJOZ 2001, 499 (501).

³⁵³ Hierbei wird ein Spiel oder Gerät mit verbundenen Augen bedient.

³⁵⁴ Vgl. zur ausdrücklichen Abkehr von dieser früher noch akzeptierten Methode Schilling, GewArch 1995, 318 (323); im Gegensatz hierzu noch Schilling, in: Schilling/Haase/Bönnner, Spielen an Automaten, S. 169 ff; der HessVGH sieht hingegen sowohl Blindspiele als auch Wahrscheinlichkeitsberechnungen als Ermittlungsmethode an, vgl. HessVGH, Urteil vom 26.10.2000 – 8 UE 3924/95, NJOZ 2001, 499 (501).

³⁵⁵ Schilling, GewArch 1995, 318 (321).

³⁵⁶ Schilling, GewArch 1995, 318 (324); vgl. auch Dickersbach, GewArch 1998, 265 (268).

³⁵⁷ Schilling, GewArch 1995, 318 (324).

sungsstrategien auszutesten oder zu belegen. Eine von der Mindermeinung geforderte Ermittlung des „reinen“ Geschicklichkeitswertes ist jedoch für eine Einordnung des Spieles als Glücksspiel ohne Belang. Entscheidend ist nicht das Vorliegen eines maßgeblichen Glücks- oder Geschicklichkeitsanteils, sondern das Überwiegen einer der beiden Parameter. Kann der Durchschnittsspieler in mehr als 50 % der Fälle nicht durch seine Einflussnahme den Spielausgang bestimmen, so ist es gerade nicht entscheidend, ob dies ausschließlich dem Zufall geschuldet ist. Ausschlaggebend ist vielmehr das Überwiegen des nicht durch Geschicklichkeit erzielbaren Erfolges. Auf den durch Geschick erzielten Erfolg kommt es nicht an.³⁵⁸ Das BVerwG führt hierzu aus:

„Deshalb ist es geboten zu prüfen, ob die Spielbedingungen es zulassen, dass bei einer Vielzahl von Spielen im Durchschnitt die Einflussnahme des Spielers den Spielausgang bestimmt. Ist das nicht der Fall, so bestimmen der Zufall oder dem Einfluss des Spielers entzogene Spielbedingungen über Erfolg oder Nichterfolg. Ohne Bedeutung muss es dabei sein, aus welchen Gründen der Spieler im Durchschnitt nicht den Spielausgang beeinflussen kann. Werden die Spielbedingungen so gestaltet, dass die Anforderungen an das Geschick so hoch sind, dass der Durchschnittsspieler im dargelegten Verständnis sie nicht erfüllen kann, so steuert nicht der Spieler das Spielgeschehen. Dies steht, da eine Beeinflussbarkeit durch den Durchschnittsspieler nicht gegeben ist, dem Zufall gleich.“³⁵⁹

b) Zwischenfazit

Mit Blick auf den Schutzzweck des § 284 StGB und aus Gründen der Praktikabilität und Rechtssicherheit ist dem BVerwG zuzustimmen.³⁶⁰

³⁵⁸ Dickersbach, WiVerw 1985, 23 (38).

³⁵⁹ BVerwGE 115, 179 (185).

³⁶⁰ So auch Berberich, Das Internet-Glücksspiel, S. 36 f.

Bereits die Höhe einer reinen Geschicklichkeitsquote, welche die Gegenauffassung ermitteln will, lässt sich normativ nicht ableiten.³⁶¹ Auch erkennt die Gegenauffassung zwar ebenfalls das Bedürfnis, Spiele mit unerreichbarem Geschicklichkeitserfordernis als Glücksspiel einzuordnen, bedarf jedoch einer nachträglichen Korrektur durch das ebenfalls normativ nicht vorgezeichnete Erfordernis einer „Mindestzufallstrefferquote“, um dem gerecht zu werden.³⁶² Auch Spiele, bei denen die zur Überwindung der 50-%-Grenze erforderliche Geschicklichkeit durch den Durchschnittsspieler somit innerhalb repräsentativer Spielsequenzen³⁶³ nicht erreicht werden kann, sind somit Glücksspiele. Die sich hierbei aufdrängende Frage, wie im Zuge dieser Abgrenzung diese Art von Automaten wirtschaftlich betrieben werden soll, muss an dieser Stelle außen vor bleiben, da sie für die Einordnung des Spieles unerheblich ist.³⁶⁴ Auch in komplexeren gemischten Spielen, in denen die Ermittlung des „reinen Geschicklichkeitsanteils“, welchen die Mindermeinung ermitteln will, scheitert, geht die Rechtsprechung davon aus, dass der effektive Schutz vor einer Ausnutzung des Spieltriebes erfordert, solche Spiele, bei denen lediglich besonders begabte Spieler aufgrund ihrer überdurchschnittlichen Fähigkeiten in der Lage sind, den Spielverlauf zu bestimmen, als Glücksspiele einzuordnen.³⁶⁵ Die besondere Gefahr bzw. Anreizwirkung dieser Spiele liege darin, dass Spielern suggeriert wird, sie könnten sich durch Geschick, welches sie sich gegebenenfalls durch häufiges Spielen aneignen können, in die Lage versetzen, die Gewinnausschüttung wesentlich zu beeinflussen, obwohl der Durchschnittsspieler das hierzu erforderliche Niveau nicht erreichen kann.³⁶⁶

Festzuhalten bleibt, dass es keine auf alle Spiele anwendbare Methode gibt, mit deren Hilfe das Übergewicht der Zufallsabhängigkeit

³⁶¹ BVerwGE 115, 179 (187); vgl. *Dickersbach*, WiVerw 1985, 23 (38 f.).

³⁶² Vgl. HessVGH, Urteil vom 26.10.2000 – 8 UE 3924/95, NJOZ 2001, 499 (501).

³⁶³ Vgl. *Schilling*, GewArch 1995, 318 (319 f.).

³⁶⁴ VG Wiesbaden, Urteil vom 10.10.1995 – 5/3 E 32/94, GewArch 1996, 68 (69); vgl. *Fuchs*, GewArch 1998, 60 (62). Vgl. zu Lösungsvorschlägen *Dickersbach*, GewArch 1998, 265 (268 f.); *Berberich*, Das Internet-Glücksspiel, S. 36 f.

³⁶⁵ BGH, Urteil vom 28.11.2002 – 4 StR 260/02, NSTZ 2003, 372 (373); RGSt 25, 192 (193).

³⁶⁶ Vgl. BVerwGE 115, 179 (186 f.).

feststellbar ist.³⁶⁷ Jedenfalls abseits von Automaten Spielen mit begrenzten Einflussmöglichkeiten ist es aufgrund der Komplexität gemischter Spiele nicht möglich, die Abgrenzung von Glücks- und Geschicklichkeitsspiel mittels probabilistischer oder mathematischer Ansätze vorzunehmen.³⁶⁸ Insofern bleibt die gerichtliche Interpretation der jeweiligen Gegebenheiten ausschlaggebend, welche nicht zuletzt mit Blick auf den steten Wandel der Angebote eine grundsätzlich geeignete Möglichkeit bietet.³⁶⁹ Das Fehlen einer für alle Spiele geltenden universellen Abgrenzungsmethode verdeutlicht auch abermals die Wichtigkeit, welche der korrekten Kreation eines Durchschnittsspielers beizumessen ist, da dieser gerade den Anknüpfungspunkt für eine gerichtliche Wertung bietet. Nach den obigen Ausführungen muss es hierbei auf die Fähigkeiten eines Durchschnittsspielers ankommen, der aus der Gruppe derjenigen Menschen zu bilden ist, bei denen das Merkmal der „gegenseitigen Erreichbarkeit“ erfüllt ist.

³⁶⁷ *Dickersbach*, WiVerw 1985, 23 (37).

³⁶⁸ Vgl. *Wohlers/Gaede*, in: NK, § 284 Rn. 9; *Belz*, Das Glücksspiel im Strafrecht, S. 59 ff.

³⁶⁹ Vgl. *Volk*, Glücksspiel im Internet, S. 18.

II. Abgrenzung zum Unterhaltungsspiel

Neben der Zufallsabhängigkeit, welche das Glücks- vom Geschicklichkeitsspiel abgrenzt, ist als Unterscheidungskriterium jedenfalls anerkannt,³⁷⁰ dass ein Glücksspiel die Hingabe von Geld oder Sachmitteln zur Erlangung einer Gewinnchance durch den Teilnehmer voraussetzt. Dieses Kriterium dient der Abgrenzung zum reinen Unterhaltungsspiel.³⁷¹ Wie die Terminologie bereits indiziert, stehen bei jener Spielform die Freizeitgestaltung und der Unterhaltungswert im Vordergrund.³⁷² Dementsprechend ist bei dieser Art von Spielen der Gewinn von Vermögenswerten entweder von vornherein ausgeschlossen³⁷³ oder es handelt sich bei den möglichen Gewinnen um von der Verkehrsanschauung als ganz unbedeutend eingestufte Vermögenswerte.³⁷⁴ Zum Teil wird gefordert, dass zur Bestimmung dieser Bedeutendigkeit eine Würdigung der individuellen Vermögensverhältnisse der jeweiligen Spieler erfolgen müsse.³⁷⁵ Vor dem Hintergrund, dass es sich um ein Tatbestandsmerkmal handelt, dessen Vorliegen über die Strafbarkeit eines Verhaltens entscheiden kann, ist jedoch bereits aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit ein absoluter Maßstab zu fordern, welcher unabhängig von den Vermögensverhältnissen der einzelnen Spieler Geltung beansprucht.

Der Streit um die Bestimmung des Merkmales Unbedeutendigkeit wird im Allgemeinen im Zusammenhang mit der Höhe des Einsatzes ausgetragen. Allerdings können dieselben Argumente auch im Zusammenhang mit der Höhe des Gewinns fruchtbar gemacht werden. Hier wie dort müssen diese zu einer Entscheidung zugunsten einer absoluten Bestimmung führen. Neben der Rechtssicherheit sind hierbei

³⁷⁰ Vgl. *Hohmann*, in: MüKo § 284 Rn. 10; *Dietlein/Hüsken*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 3 GlüStV Rn. 5.

³⁷¹ *Feilcke*, in: von Heintschel-Heinegg § 284 Rn. 9.

³⁷² *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 53.

³⁷³ RGSt 6, 70 (74).

³⁷⁴ OLG Köln, Urteil vom 19.02.1957 – Ss 417/56, NJW 1957, 721 (722); *Krehl*, in: Leipziger Kommentar, § 284 Rn. 12.

³⁷⁵ Vgl. BayObLG, Urteil vom 21.09.1956 – RevReg. 3 St 291/55, GA 1956, 385 f.; *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 284 Rn. 7.

insbesondere drohende Beweisschwierigkeiten sowie die Diskriminierung sozialökonomisch schlechter gestellter Mitspieler zu nennen.³⁷⁶ Letzteres wäre der Fall, wenn sich finanziell gut situierte Teilnehmer eines Glücksspiels im Gegensatz zu ärmeren Teilnehmern durch dasselbe Verhalten nicht strafbar machen würden, da der Gewinn (und/oder der Einsatz) aufgrund der Würdigung ihrer persönlichen Verhältnisse als unbeträchtlich gewertet werden würde.

Ist der Gewinn von Vermögenswerten jedoch ausgeschlossen oder handelt es sich um unbeträchtliche Vermögenswerte, wenn also der Spieleinsatz nicht für eine Gewinnchance, sondern als Gegenleistung für „harmlose gesellige Unterhaltung“ erfolgt, sieht der Gesetzgeber keine Gefahr größerer Vermögensverluste, sodass es für Unterhaltungsspiele keiner strafrechtlichen Sanktionierung bedarf³⁷⁷ und auch der GlüStV hierzu keine Regelungen trifft.

Bei Glücksspielen hingegen wird die Möglichkeit eines Gewinnes regelmäßig im Mittelpunkt der Teilnahme stehen,³⁷⁸ auch wenn *Temming* in diesem Zusammenhang zu Recht anmerkt, dass es zur Bestimmung der Spielform nicht auf die Intention des Spielers ankommen könne. So nimmt beispielsweise auch derjenige an einem Glücksspiel teil, der ein Spielcasino nur aus Gründen des Zeitvertreibes aufsucht und den Einsatz für ein Spiel als Gegenleistung für diese Unterhaltung ansieht.³⁷⁹

Fraglich ist, welche Anforderungen an die im Rahmen eines Glücksspiels für den Erwerb der Gewinnchance geleistete Hingabe zu stellen sind. In der strafrechtlichen Diskussion wird im Zusammenhang mit § 284 StGB einheitlich von einem *Einsatz* gesprochen. Im Rahmen des GlüStV, welcher in § 3 Abs. 1 Satz 1 eine Legaldefinition des Glücksspiels enthält, wird hingegen der Begriff *Entgelt* verwendet. Diese Terminologien sind daher im Weiteren näher zu untersuchen und ggf. voneinander abzugrenzen.

³⁷⁶ Vgl. *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 56 ff., die diese Argumente jedoch im Rahmen der Bestimmung der Beträchtlichkeit des Einsatzes anführt.

³⁷⁷ RGSt 6, 70 (74); *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 54.

³⁷⁸ *Schaeffer*, GewArch 1980, 112 (176); *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 54.

³⁷⁹ *Temming*, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 284 Rn. 6. Vgl. eine ähnliche Wertung bereits oben, bezüglich der Berücksichtigung der subjektiven Beurteilung des optimistischen/pessimistischen Gewinnspielteilnehmers, Abschnitt D I 2 a.

1. Strafrechtlicher Glücksspielbegriff

Ein Glücksspiel im strafrechtlichen Sinne setzt den *Einsatz* eines Vermögenswertes zur Teilnahme an dem Spiel³⁸⁰ sowie die Möglichkeit, einen nicht unerheblichen Gewinn durch den Einsatz zu erzielen,³⁸¹ voraus. Neben dem bereits thematisierten Gewinn darf überdies also auch der Einsatz nicht bloß unbedeutend sein.³⁸² Spiegelbildlich zu der bereits angesprochenen Problematik der Bestimmung der Erheblichkeit des Gewinnes werden dieselben Ansätze auch im Rahmen der Bestimmung der Erheblichkeitsschwelle des Einsatzes vertreten. So spricht sich auch hier eine Ansicht dafür aus, die Erheblichkeit anhand der Vermögensverhältnisse der konkreten Teilnehmer oder eines durchschnittlichen Teilnehmers zu bestimmen.³⁸³ Die Gegenansicht spricht sich für einen absoluten Maßstab aus, welcher sich anhand der allgemeinen Verkehrsanschauung bestimmt.³⁸⁴ Um Letzteren zu konkretisieren, wird teilweise darauf abgestellt, ob das Verlustpotenzial denjenigen Betrag übersteigt, den ein Arbeiter in derselben Zeit üblicherweise verdient.³⁸⁵ Andere stellen die Abgrenzung zum reinen Unterhaltungsspiel stärker in den Vordergrund und bestimmen die Erheblichkeit des Einsatzes danach, ob der Betrag die Summe übersteigt, die anderenfalls für eine Unterhaltung ähnlicher Dauer hätte hingegeben werden müssen.³⁸⁶ Traditionell wird in der strafrechtlichen Literatur jedenfalls ein Einsatz von 0,50 € noch als gering angesehen,³⁸⁷ ein Wert, der als sogenannte Postkartenalternative an die Kosten einer

³⁸⁰ So bereits RGSt 55, 270 (271); *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 8.

³⁸¹ *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 284 Rn. 2.

³⁸² *Pischel*, in: Kilian/Heussen, Aktuelle Berichte aus Deutschland, Rn. 127; BGHSt 34, 171 (176 f.); *Hohmann*, in: MüKo, § 284 Rn. 10.

³⁸³ Die Bestimmung einer solchen „relativen“ Grenze, die vereinzelt auch als „subjektive“ Grenze bezeichnet wird, forderte bereits das BayObLG in seinem Urteil vom 21.09.1956 – 3 St 291/55, GA 1956, 385 f.

³⁸⁴ RGSt 6, 70 (74) spricht von „gesellschaftlicher Anschauung“. Zum Teil wird in diesem Zusammenhang neben dem „absoluten“ auch vom „objektiven“ Maßstab gesprochen, vgl. *Kleinschmidt*, Gewinnspiele in Deutschland und der Europäischen Union, S. 22.

³⁸⁵ Vgl. OLG Köln, Urteil vom 19.02.1957 – Ss 417/56, NJW 1957, 721.

³⁸⁶ *Wohlers/Gaede*, in: NK, § 284 Rn. 13, die beispielsweise die Kosten für einen Kinobesuch als Grundlage der zulässigen Einsatzhöhe für ein Spiel von 90- bis 120-minütiger Dauer anführen.

³⁸⁷ *Fischer*, § 284 Rn. 5.

alternativen Teilnahme per Post anknüpft.³⁸⁸ Andere einen absoluten Wert bejahende Ansichten sehen die Schwelle der Erheblichkeit inflationsbereinigt jedoch erst bei 2,50 €³⁸⁹, 5 €³⁹⁰, 20 €³⁹¹ oder gar 50 € pro Spiel³⁹² als erreicht an.

a) Die „Goldkreis“-Entscheidung – Das Unmittelbarkeitskriterium des BGH

Neben dieser Erheblichkeitsschwelle wurde vom BGH in seiner „Goldkreis“-Entscheidung, vor dem Hintergrund der Notwendigkeit einer restriktiven Interpretation der sehr weit gefassten §§ 284 ff. StGB, ein weiteres Element des Einsatzes hervorgehoben.³⁹³

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte beteiligte sich an einer „Goldkreis“ genannten Kettenbriefaktion, bei der jeder Teilnehmer gegen Zahlung von 100 DM eine Liste mit 12 Namen erhielt. Der Empfänger der Liste verpflichtete sich, der auf Platz 1 der Liste aufgeführten Person 100 DM zu überweisen. Hierfür durfte er deren Namen von der Liste streichen und seinen eigenen Namen auf Platz 12 unten auf der Liste anfügen. Die so veränderte Liste sollte er sodann an zwei weitere Personen verkaufen, die entsprechend verfahren sollten.

Das Gericht entschied, dass ein geleisteter Betrag demnach nur dann als strafrechtlich relevanter Einsatz zu qualifizieren ist, wenn es sich nicht um einen in jedem Fall verlorenen Betrag handelt. Mithin wird ein Verhältnis zwischen dem geleisteten Etwas und der Gewinnaussicht

³⁸⁸ Der historisch bedingte Begriff „Postkartenalternative“ ist hierbei etwas unpräzise: *Gummer*, ZUM 2011, 105 (106) stellt jedoch klar, dass die tatsächliche Möglichkeit einer alternativen Teilnahme auf dem Postweg nicht erforderlich ist; a.A. *Klein-schmidt*, Gewinnspiele in Deutschland und der Europäischen Union, S. 43, der wegen des wettbewerbsrechtlichen Kopplungsverbotes eine alternative, kostenfreie Teilnahmemöglichkeit verlangt.

³⁸⁹ *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142 (145).

³⁹⁰ *Brandl*, Spieleleidenschaft und Strafrecht, S. 46.

³⁹¹ *Hoyer*, in: SK, § 284 Rn. 6, begründet diesen Schwellenwert mit der Heranziehung von zu § 142 IV StGB entwickelten Orientierungsmaßstäben. Dieser Auffassung kann jedoch u.a. bereits deshalb nicht gefolgt werden, da die neuere Rechtsprechung und Literatur zu § 142 von wesentlich höheren Schwellenwerten, bis hin zu 1.300 € ausgeht, vgl. *Kudlich*, in: von Heintschel-Heinegg, § 142 Rn. 80.

³⁹² *Dannecker/Pfaffendorf*, NZWiSt 2012, 252 (252).

³⁹³ BGHSt 34, 171 (177 f.).

gefordert. Das vom BGH und der Literatur in diesem Zusammenhang oft angeführte Negativbeispiel ist der Eintritt, welcher bezahlt wird, um Zugang zu einer Spielbank zu erhalten.³⁹⁴ Hierbei ist jedoch zu beachten, dass ein Einsatz auch in versteckter Form erfolgen kann.³⁹⁵ Die Ausgestaltung der Zahlung in Form von Eintritts- oder Verzehrkarten lässt die „Einsatz“-Qualität somit nicht per se entfallen.³⁹⁶ Anders als bei einem reinen Eintrittsgeld, welches etwa bei besagtem Zugang zu einer Spielbank fällig werde, sei es allerdings erforderlich, dass eine Unmittelbarkeit zwischen Einsatz und Gewinnchance bestehe. *Lampe* verdeutlicht dies, indem er klarstellt, dass es darum gehe, die „Chance zu gewinnen“ abzugrenzen von der „Chance sich einen Gewinn zu verschaffen“. ³⁹⁷

b) Bisherige Interpretation der „Goldkreis“-Entscheidung

Die Existenz des § 3 GlüStV wirft ein neues Licht auf die 1986 ergangene „Goldkreis“-Entscheidung des BGH. Insbesondere im Rahmen einer Gegenüberstellung von strafrechtlichem und (vermeintlich eigenem) ordnungsrechtlichem Glücksspielbegriff zeigt sich, dass die jahrzehntelang herrschende Deutung des Urteils ggf. hinterfragt werden muss. § 3 GlüStV verlangt die Leistung eines Entgeltes „für den Erwerb einer Gewinnchance“. Sowohl der BGH als auch der Wortlaut des GlüStV verlangen somit eine Beziehung zwischen Geleistetem und Gewinnchance. Der BGH macht dies kenntlich, indem er betont, dass „durch die Leistung eines Einsatzes die Aussicht auf einen von einem Zufall abhängigen Vorteil erlangt wird“. ³⁹⁸

Der BGH führt in seinem Urteil jedoch weiter aus, dass ein Einsatz im Sinne des § 284 StGB jedenfalls dann gegeben ist, wenn die Gewinnhoffnung darin besteht, dass der Spieler „bei günstigem Ausgang des

³⁹⁴ Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 8.

³⁹⁵ BGHSt 11, 209 (210).

³⁹⁶ Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 12.

³⁹⁷ Lampe, GA 1977, 33 (35).

³⁹⁸ BGHSt 34, 171 (176).

Spiels seinen Einsatz – möglicherweise vermehrt um die Einsätze anderer Mitspieler – zurück[-erhalte (Anm. des Verf.)]“.³⁹⁹ Hieraus lässt sich der Schluss ziehen, dass über die Gewinnchance hinaus auch eine Unmittelbarkeit zwischen Geleistetem und Gewinn bestehen muss. Im selben Urteil stellt der BGH auch fest, dass es bei einem Glücksspiel „*nämlich um die Erzielung eines Gewinnes oder um den Verlust des Einsatzes [gehe (Anm. des Verf.)]*“.⁴⁰⁰ Auch dieser Satz könnte so gedeutet werden, dass es sich bei den beiden Optionen um einander ausschließende Alternativen handelt. Ein Spiel, welches den Verlust des Einsatzes bei gleichzeitiger Erzielung eines Gewinnes in Aussicht stellt, wäre bei dieser Deutung kein Glücksspiel. Demnach müsse sich der Gewinn gerade aus dem Einsatz (bzw. der Masse der Einsätze) generieren. Das Unmittelbarkeitserfordernis, welches der BGH zu § 284 StGB entwickelte, würde demnach eine höhere Anforderung stellen als der Wortlaut des GlüStV.

In der Literatur wird als Reaktion auf die „Goldkreis“-Entscheidung des BGH dann auch häufig die Voraussetzung formuliert, dass „*aus den Aufwendungen aller Mitspieler die Gewinnchance des einzelnen Spielers erwachsen müsse*“.⁴⁰¹ Erforderlich für die Einordnung als strafrechtlich relevanter Einsatz sei mit anderen Worten, dass die gemachten Aufwendungen den Gewinn finanzieren.⁴⁰² Auch wenn der BGH diese „Finanzierungspflicht“ nicht in dieser Deutlichkeit äußert, ist sie doch zumindest eine notwendige Folge des Gedankenganges, welchen der BGH anstellt, welcher besagt, dass ein „in jedem Fall verlorener Betrag“ kein strafrechtlich relevanter Spieleinsatz sein kann. Speist sich der Gewinn jedoch gerade nicht aus den von den Spielern geleisteten Beträgen, so sind diese ab dem Moment, in dem sie geleistet wurden, in jedem Fall verloren, da selbst im Gewinnfall kein Rückerhalt des konkret Geleisteten erfolgt. So ist es nicht überraschend, dass auch die jüngere Rechtsprechung unter Berufung auf

³⁹⁹ BGHSt 34, 171 (177).

⁴⁰⁰ BGHSt 34, 171 (176).

⁴⁰¹ Vgl. Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 8; Hohmann, in: Müko, § 284 Rn. 12.

⁴⁰² Pischel, JA 2008, 202 (202); ders., GRUR 2006, 630 (631); ders., in: Kilian/Heussen, Rn. 126; Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 122; vgl. Laukemann/Junker, AfP 2000, 254 (255); Raitz von Frentz/Masch, ZUM 2006, 189 (191); Granderath, wistra 1988, 173 (174).

die „Goldkreis“-Entscheidung des BGH davon ausgeht, dass ein Einsatz im Sinne der §§ 284, 287 StGB nur gegeben sei, wenn der vom Spieler geleistete Betrag in den Gewinn einfließt.⁴⁰³

c) Am Schutzzweck orientierte Interpretation des Unmittelbarkeitskriteriums

Nur sehr vereinzelt lassen sich Stimmen finden, die Zweifel anmelden, ob diese Deutung des Urteils zwingend ist. So stellt etwa *Jaschinski* – ohne dies allerdings näher zu begründen – fest, dass die „Goldkreis“-Entscheidung zwar eine Auslegung dahingehend, dass der Einsatz zur Finanzierung des Gewinnes dienen muss, nahelegt, die Frage jedoch gerade nicht eindeutig geklärt sei.⁴⁰⁴ Einen Schritt weiter geht das OLG München, welches zu dem Schluss kommt, dass ein Einsatz auch dann vorliegen kann, wenn der eingesetzte Betrag nicht direkt der Finanzierung der Gewinne dient.⁴⁰⁵ Ermöglicht wird diese Feststellung dadurch, dass das OLG München die „Goldkreis“-Entscheidung des BGH primär als eine Abgrenzung zur 28 Jahre früher ergangenen „Gratisroulette“-Entscheidung⁴⁰⁶ versteht, in welcher das Gericht im obligatorischen Kauf einer Verzehrkarte, welcher „Gratichips“ beigelegt waren, einen versteckten Einsatz sah.

Diese Lesart ist insofern begrüßenswert, als sie den Schutzzweck des § 284 StGB in den Fokus rückt. Orientiert man sich bei der Anwendung des § 284 an der Zielsetzung der Verhinderung der Ausbeutung der Spielleidenschaft, so ist die entscheidende Frage zur Qualifizierung eines geleisteten Betrages als Einsatz diejenige, ob durch die Zahlung ein Anreiz geschaffen wird, sich dadurch in den Besitz des Gewinns

⁴⁰³ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20.04.2009 – 1 S 203.08, ZfWG 2009, 190 (192); OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.09.2009 – 6 A 10199/09, ZfWG 2009, 413 (415); VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23.05.2012 – 6 S 389/11, ZfWG 2012, 279 (283 f.); VG München, Urteil vom 3.03.2010 – 22 K 09.4793, ZfWG 2010, 204 (207). Vgl. auch OLG Celle, Urteil vom 20.03.1996 – 13 U 146/95, NJW 1996, 2660 (2661).

⁴⁰⁴ *Jaschinski*, in: Heidrich/Forgó/Feldmann, Kapitel IV Rn. 21.

⁴⁰⁵ OLG München, Urteil vom 28.07.2009 – 5 St RR 132/09, BeckRS 2009, 22749.

⁴⁰⁶ BGHSt 11, 209 (209 ff.).

zu bringen.⁴⁰⁷ Dieser Anreiz ist es, der eine Pönalisierung durch das Strafrecht rechtfertigen kann.

Ein solches Verständnis des Unmittelbarkeitskriteriums ermöglicht dann auch eine flexible, an der Intensität der Schutzgutsgefährdung orientierte Regelung verschiedener Konstellationen. Das herrschende Verständnis der „Goldkreis“-Entscheidung entfernt sich hingegen zu sehr von den tatsächlichen Gegebenheiten. So ist nicht ersichtlich, warum ein zufallsabhängiges Spiel, welches den Gewinn eines sehr hohen Geldpreises in Aussicht stellt und zur Teilnahme einen erheblichen Betrag verlangt, wegen Fehlen eines Einsatzes dann kein strafrechtlich relevantes Glücksspiel sein soll, wenn der Geldpreis von einem Sponsor gestellt wird. Die Annahme, dass der Anreiz für den Spieler in irgendeiner Art geringer sei als bei einer gleich hohen (oder gar niedrigeren) Gewinnsumme, die sich jedoch aus seinem geleisteten Betrag und dem der anderen speist, erscheint lebensfern. Mit Blick auf die am Anfang dieser Arbeit geschilderten historischen Anfänge des Spiels ließe sich höchstens argumentieren, dass das Spiel in seiner Urform als Wettstreit und Kräfteressen für den Gewinner einen höheren symbolischen Wert besaß und für den Verlierer die größere Demütigung darstellte, wenn gerade der Besitz der unterlegenen Teilnehmer dem Gewinner zufällt. Spätestens in der Welt des anonymen Online-Glücksspiels um Geld erscheint eine solche Anknüpfung jedoch weit hergeholt. Auch ein Vergleich mit anderen sich der Glücksspielthematik widmenden Regelwerken vermag dieses Verständnis nicht zu stützen. So wurde im Rahmen der Regelungen der GewO an anderer Stelle in dieser Arbeit etwa bereits erwähnt, dass es für das Merkmal der Gewinnmöglichkeit im Rahmen des § 33c GewO (und des § 33d GewO) gerade unerheblich ist, wer den Gewinn anbietet.⁴⁰⁸ In diesem Zusammenhang seien auch die kleinen Lotterien des § 18 GlüStV erwähnt, bei denen Gewinne regelmäßig von Sponsoren zur

⁴⁰⁷ Vgl. OLG München, Urteil vom 28.07.2009 – 5 St RR 132/09, BeckRS 2009, 22749.

⁴⁰⁸ Vgl. *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, § 33c Rn. 10.

Verfügung gestellt werden, ohne dass deren Glücksspieleigenschaft ernsthaft angezweifelt wird.⁴⁰⁹

Der Tenor der „Goldkreis“-Entscheidung, nämlich die Notwendigkeit der einschränkenden Auslegung des Glücksspielbegriffes, ist nachvollziehbar. Daher ist es richtig, eine Unmittelbarkeit zwischen Einsatz und Gewinnchance zu fordern, um etwa den auch in der „Goldkreis“-Entscheidung erwähnten Eintritt in eine Spielbank auszuschließen. Mit Blick auf den Schutzzweck zu begrüßen wäre jedoch eine Deutung, wie das OLG München sie anreißt. Die Tatsache, dass der geleistete Betrag den Gewinn finanziert, wäre demnach maximal ein Indiz dafür, dass es sich um einen Einsatz handelt. Somit könnte auch in Fällen, in denen die Gewinne von externen Sponsoren zur Verfügung gestellt werden, ein Einsatz vorliegen, soweit eine Unmittelbarkeit gegeben ist, die das Geleistete nicht zur Eröffnung einer bloßen Teilnahmemöglichkeit verkommen lässt. Inwiefern sich ein solches Verständnis noch mit dem Wortlaut der Entscheidung deckt, ist allerdings fraglich. Der BGH stellt für die Annahme eines Glücksspieleinsatzes ab auf den *„notwendigen Zusammenhang zwischen Aufwendung eines Vermögenswertes und dessen Gewinn[...]“*.⁴¹⁰ Diesen unmittelbaren Zusammenhang scheint der BGH nur in den Fällen anzunehmen, in denen Ersterer sich in Letzterem wiederfindet. Tatsächlich geht es dem BGH jedoch vornehmlich darum, Beträge vom Einsatzbegriff auszuschließen, die nicht dem Veranstalter oder einem Gegenspieler zufließen.⁴¹¹ Auch ohne eine Finanzierung der Gewinne zu fordern, werden solche Zahlungen an „Externe“ jedoch bereits nicht die erforderliche Unmittelbarkeit aufweisen. Wofür der Veranstalter die Beträge verwendet, kann auch nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass der Teilnehmer hierüber ggf. keine Informationen hat, keine Rolle spielen. Hervorzuheben ist auch die Kritik *Lampes*, welcher schon früh bemängelte, dass der BGH eine zirkuläre Argumentation kreiert, indem er zum einen das Glücksspiel vom Vorliegen eines Einsatzes und zum anderen

⁴⁰⁹ Vgl. etwa MBl. NRW Nr. 7 vom 27.03.2013. Die Allgemeine Erlaubnis für kleine Lotterien und Ausspielungen regelt dort z.B., dass ein Hinweis auf Sponsoren von Warengewinnen zulässig ist.

⁴¹⁰ BGHSt 34, 171 (177).

⁴¹¹ Einen zumindest teilweise erfolgenden Zufluss an den Veranstalter als Voraussetzung der Strafbarkeit verlangen etwa auch *Ditscheid/Rudloff*, in: Geppert/Schütz, Teil V Abschnitt 2 Vorbemerkungen Rn. 25.

den Einsatz von der Verwendung auf das Glücksspiel abhängig macht.⁴¹² Ist somit gewährleistet, dass der Betrag an den Veranstalter oder Gegenspieler geleistet wird, ist nicht ersichtlich, warum der Teilnehmer im Gewinnfall auch den Gewinn aus eben diesem Personenkreis erhalten muss. Diesbezüglich ist abermals *Lampe* zuzustimmen, welcher aufzeigt, dass das vom BGH herangezogene Allgemeinverständnis⁴¹³ eines Glücksspiels nicht voraussetzt, dass im Gewinnfall der Gewinn gerade durch Veranstalter oder Gegenspieler geleistet wird.⁴¹⁴

Seit Kurzem findet dieses Verständnis des Unmittelbarkeitskriteriums auch Rückhalt in einem Urteil des BVerwG. In der sich mit der Glücksspieleigenschaft eines Online-Fußballmanagerspieles befassenden Entscheidung⁴¹⁵ führte das Gericht aus, aus der „Goldkreis“-Entscheidung folge die Notwendigkeit eines Zusammenhangs zwischen Aufwendung eines Vermögenswerts und dessen Gewinn oder Verlust.⁴¹⁶ Diese Anforderung gelte auch für den ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriff. Quasi en passant hatte das Gericht im selben Urteil bereits bemerkt, dass die Vorinstanz⁴¹⁷ bezüglich des Merkmals des Einsatzes im Rahmen des § 284 StGB „*unzutreffend* [annimmt (Anm. des Verf.)], *dies setze eine Verwendung des Entgelts zur Finanzierung der Gewinne voraus*“, ⁴¹⁸ um dann klarzustellen, dass „*die Gewinnchance – und nicht der Gewinn selbst – sich gerade aus der Entgeltzahlung ergeben* [muss (Anm. des Verf.)]“. ⁴¹⁹

Für die weiteren sich aus dieser Entscheidung des BVerwG ergebenden Folgen soll an dieser Stelle auf die Ausführungen zu den Managerspielen verwiesen werden.⁴²⁰

⁴¹² Vgl. *Lampe*, JR 1987, 383 (383).

⁴¹³ Vgl. BGHSt 34, 171 (175).

⁴¹⁴ Vgl. *Lampe*, JR 1987, 383 (383).

⁴¹⁵ BVerwGE 148, 146.

⁴¹⁶ BVerwGE 148, 146 (153).

⁴¹⁷ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23.05.2012 – 6 S 389/11, ZfWG 2012, 279.

⁴¹⁸ BVerwGE 148, 146 (151 f.).

⁴¹⁹ BVerwGE 148, 146 (151 f.).

⁴²⁰ Vgl. unten Abschnitt G IV.

2. Eigener ordnungsrechtlicher Glücksspielbegriff

Die §§ 284 ff. StGB enthalten keine Legaldefinition, wann ein Glücksspiel vorliegt. Die obigen Ausführungen sowohl zur Bestimmung der Zufallsabhängigkeit als auch zum Vorliegen eines Einsatzes beruhen daher auf Konkretisierungen, welche das Resultat jahrelanger straf- und verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung sowie einer lebhaften Diskussion innerhalb der rechtswissenschaftlichen Literatur darstellen. Der GlüStV, der im Vergleich zwar auf eine kürzere Geschichte zurückblickt, beinhaltet hingegen – wie bereits seine Vorgänger – eine Definition des Glücksspiels in § 3 GlüStV. Die ersten beiden Sätze des bereits angesprochenen § 3 Abs. 1 GlüStV fanden sich deckungsgleich bereits in § 3 Abs. 1 des LottStV des Jahres 2004. Der heutige § 3 Abs. 1 GlüStV lautet:

„§ 3 Begriffsbestimmungen

(1) ¹Ein Glücksspiel liegt vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. ²Die Entscheidung über den Gewinn hängt in jedem Fall vom Zufall ab, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist. ³Wetten gegen Entgelt auf den Eintritt oder Ausgang eines zukünftigen Ereignisses sind Glücksspiele. ⁴Sportwetten sind Wetten zu festen Quoten auf den Ausgang von Sportereignissen oder Abschnitten von Sportereignissen. ⁵Pferdewetten sind Wetten aus Anlass öffentlicher Pferderennen und anderer öffentlicher Leistungsprüfungen für Pferde.“

Im Gegensatz zu dem in der strafrechtlichen Diskussion verwendeten Begriff des *Einsatzes* wird die geforderte Vermögensleistung in § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV als *Entgelt* bezeichnet. Eine Auffassung in Literatur und Rechtsprechung versteht diese unterschiedliche Terminologie als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, nicht den strafrechtlichen

Glücksspielbegriff übernehmen zu wollen.⁴²¹ Inhaltlich wird die Unterscheidung mit den strukturell unterschiedlichen Zielen, welche von GlüStV und StGB verfolgt werden, begründet, mit der Folge, dass keiner der Diskussionsansätze zum strafrechtlichen Einsatz für den Entgeltbegriff fruchtbar gemacht werden könne.⁴²²

Innerhalb dieser Strömung – welche *Benert/Reeckmann* Anfang 2013 als herrschende Literaturmeinung ausmachten und darüber hinaus auch eine in diese Richtung tendierende Rechtsprechung erkannt haben wollen – besteht Einigkeit dahingehend, dass der ordnungsrechtliche Glücksspielbegriff des § 3 GlüStV gegenüber dem strafrechtlichen Glücksspielbegriff als weiter anzusehen ist.⁴²³ Fraglich ist, welche Anforderungen demnach überhaupt an einen eigenen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriff zu stellen wären. Bezüglich der Zufallsabhängigkeit ergeben sich keine Unterschiede zum strafrechtlichen Verständnis.⁴²⁴ Etwas anderes gilt für die drei oben dargestellten Kriterien, welche Rechtsprechung und Literatur im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal des Einsatzes im Rahmen des § 284 StGB herausgearbeitet haben. Wie oben aufgezeigt, muss der Einsatz demnach eine gewisse Erheblichkeit haben, er muss für einen erheblichen Gewinn geleistet werden und Einsatz und Gewinn müssen in einer bestimmten Beziehung zueinander stehen.⁴²⁵ Die Vertreter eines unabhängigen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffes sprechen sich gegen die Übertragung der strafrechtlichen Kriterien auf § 3 Abs. 1 GlüStV aus.⁴²⁶ Ausdrücklich verneint wird die Übertragung der Ansätze innerhalb dieser Meinung vornehmlich bezüglich der Erheblichkeitsschwelle und dem Erfordernis einer Unmittelbarkeit zwischen Einsatz und Gewinn.⁴²⁷ Fraglich ist, ob die Vertreter dieser Auffassung

⁴²¹ Vgl. VG München, Urteil vom 9.02.2009 – M 22 S 09.300, ZfWG 2009, 70 (72); *Hüsken*, ZfWG 2009, 77 (77 f.); VGH Bayern, Urteil vom 25.08.2011 – 10-BV 10.1176, ZfWG 2011, 416; *Gebhardt/Postel*, in: *Gebhardt/Grüsser-Sinopoli*, § 21 Rn. 47; *Steegmann*, Die Haftung der Basisinfrastruktur bei rechtswidrigen Internetangeboten, S. 30.

⁴²² *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, § 3 GlüStV Rn. 5.

⁴²³ *Benert/Reeckmann*, ZfWG 2013, 23 (23 f., 31).

⁴²⁴ VGH Bayern, Urteil vom 25.08.2011 – 10 BV 10.1176, ZfWG 2011, 416 (417).

⁴²⁵ Vgl. z.B. *Krehl*, in: *Leipziger Kommentar*, § 284 Rn. 11 ff.

⁴²⁶ *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, § 3 GlüStV Rn. 5; VGH Bayern, Urteil vom 25.08.2011 – 10 BV 10.1176, ZfWG 2011, 416 (417 f.).

⁴²⁷ Vgl. *Ruttig*, WRP 2011, 174 (175 ff.); *Mintas*, ZfWG 2009, 82 (84); *Hüsken*, GewArch 2010, 336 (337).

auch das im Rahmen des § 284 StGB entwickelte Erfordernis eines nicht unerheblichen Gewinnes als unübertragbar erachten. Da bereits die Erheblichkeitsschwelle des Einsatzes abgelehnt wird, würde dies dazu führen, dass jedes (überwiegend) zufallsabhängige Spiel mit Gewinnmöglichkeit dem GlüStV unterfallen würde. Die Unterscheidung zwischen verbotswürdigem Glücksspiel und harmlosem Unterhaltungsspiel würde somit weitestgehend nivelliert. Auch wenn – wohl auch aufgrund der typischen Ausgestaltung solcher Spiele, bei der der Veranstalter regelmäßig die Ausschüttung eines relativ hohen Gewinnes in Aussicht stellt, um eine Anreizwirkung zu schaffen – dieser Aspekt in der Rechtsprechung im Vergleich zu den anderen beiden Erfordernissen seltener im Fokus der Entscheidung stand, verneinen die sich hierzu äussernden Gerichte und Literaturstimmen folgerichtig auch die Übertragbarkeit dieses Erfordernisses auf den ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriff.⁴²⁸

3. Entscheidung des Meinungsstreits

Bereits aus rein tatsächlichen Gründen und aufgrund des viel zitierten Verständnisses des Strafrechts als ultima ratio kann nicht jedes potenziell „unerlaubte“ Verhalten in einer Normierung im – und in Pönalisierung durch das – StGB münden. Wie in vielen anderen Lebensbereichen wäre es also durchaus systemkonform, durch ein weiteres Verständnis der Tatbestandsmerkmale ein Verhalten als ordnungsrechtlich verboten, aber strafrechtlich (noch) nicht ahndungswürdig einzustufen.

Dies vorangestellt, fällt bei der Auseinandersetzung mit den Argumenten der Vertreter beider Lager auf, dass beide Seiten zu großen Teilen identische Tatsachen ins Felde führen, jedoch bei deren Deutung zu gänzlich divergierenden Ergebnissen gelangen. Dies, gepaart mit der Tatsache, dass der GlüStV insbesondere in seiner jetzigen Form ein vergleichsweise junges Regelwerk darstellt, macht es zum Teil bereits

⁴²⁸ VG München Beschluss vom 9.02.2009 – M 22 S 09.300, ZfWG 2009, 70 (72); Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 3 GlüStV Rn. 6.

schwierig, in diesem Sektor ergangene Urteile einem der beiden Lager zuzuordnen. Auch in der Literatur trägt dieser Umstand Früchte: Sehen *Bolay* und *Liesching* Ende 2009 den einheitlichen Glücksspielbegriff als die in Literatur und Rechtsprechung herrschende Auffassung an,⁴²⁹ so kommen *Benert/Reeckmann* Anfang 2013 zum gegenteiligen Schluss,⁴³⁰ welcher aufgrund der bereits kurz thematisierten, jüngst veröffentlichten Entscheidung des BVerwG wohl wiederum zumindest in dieser Bestimmtheit nicht mehr haltbar erscheint.⁴³¹ Es soll im Folgenden untersucht werden, ob über die Jahre etwa durch Änderung der Gesetzeslage tatsächlich eine argumentativ untermauerbare Schwerpunktverlagerung stattfand oder ob nicht die Deutung mancher Normen und Urteile in die eine oder andere Richtung vorschnell erfolgte.

a) Wortlaut

Dem klassischen Auslegungskanon folgend, soll zunächst der Wortlaut der Regelungen herangezogen werden.⁴³² Auch hier sehen sich sowohl die Befürworter eines eigenen Glücksspielbegriffes als auch die Verfechter eines einheitlichen Begriffes zum Teil jeweils durch den Wortlaut der Normen in ihrer jeweiligen Auffassung bestätigt. Die Verfechter des einheitlichen Begriffes stellen etwa zum Teil darauf ab, dass der jüngere GlüStV den strafrechtlichen Begriff „Glücksspiel“ übernommen hat, was kaum Spielraum für ein divergierendes Begriffsverständnis lasse.⁴³³ Die Stimmen, welche sich für einen eigenen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriff aussprechen, argumentieren hingegen, dass innerhalb des Begriffes „Glücksspiel“ durch die Verwendung der Begriffe „Einsatz“ bzw. „Entgelt“ gezielt eine abweichende Terminologie verwendet wurde.⁴³⁴ Letzteres wird in § 11 Abs.

⁴²⁹ *Bolay*, MMR 2009, 669 (670); vgl. auch *Liesching*, ZfWG 2009, 320 (321).

⁴³⁰ *Benert/Reeckmann*, ZfWG 2013, 23 (23 f., 31).

⁴³¹ Vgl. BVerwGE 148, 146 (151 ff.).

⁴³² Vgl. von *Münch/Mager*, Staatsrecht I, Rn. 11 ff.

⁴³³ *Liesching*, ZfWG 2009, 320 (321); *Bolay*, MMR 2009, 669 (671).

⁴³⁴ *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, § 3 GlüStV Rn. 5; *Mintas*, ZfWG 2009, 82 (84); *Ruttig*, WRP 2011, 174 (176).

1 Nr. 9 StGB definiert als „jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung“.

Das letztgenannte Argument läuft jedoch insoweit ins Leere, als das StGB zwar tatsächlich auch den Begriff des Entgelts kennt, den Begriff des Einsatzes aber gerade nicht verwendet. Vielmehr ist dies schlicht in der Literatur und Rechtsprechung der Begriff, der sich im Zusammenhang mit den §§ 284 ff. StGB durchgesetzt hat.⁴³⁵ Wenn nun aber die Vertreter eines eigenen Glücksspielbegriffes die einheitliche Verwendung des Begriffes „Glücksspiel“ als Zeichen für eine einheitliche Auslegung mit dem Argument ablehnen, dass dieser Begriff „*seinen Ursprung nicht im StGB (...) sondern im allgemeinen Sprachgebrauch [habe (Anm. des Verf.)]*“,⁴³⁶ so müsse eine solche Ablehnung erst recht für eine auf den (nicht verwendeten) Begriff des „Einsatzes“ gestützte Argumentation gelten.

Die strafrechtlichen Spielverbote, welche bereits im Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 den Begriff des Glücksspiels verwendeten, fußen auf einer langen Gesetzeshistorie.⁴³⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint bereits die Tragfähigkeit des Argumentes, „Glücksspiel“ entstamme dem allgemeinen Sprachgebrauch, fraglich. *Benert/Reeckmann* unterstellen hiermit letztlich einen quasi zufälligen Gebrauch derselben Terminologie durch die Gesetzgeber von StGB und GlüStV. Es erscheint jedoch zumindest untypisch, dass der Gesetzgeber mehr als ein Jahrhundert strafrechtlicher Gesetzgebung einfach übersah und den zentralen Begriff des gesamten Vertragswerkes nicht in seiner bereits seit Jahrzehnten gefestigten Form, sondern in einer schwammigen, konturlosen den allgemeinen Sprachgebrauch widerspiegelnden Bedeutung verwenden wollte, um ihn dann – ohne dies ausdrücklich kenntlich zu machen – neu zu konkretisieren. Geht man jedoch jedem Begriff zwei Bedeutungen zu, nämlich zum einen seine innerhalb eines bestimmten Gesetzes verwendete juristische Bedeutung sowie zum anderen eine hiervon abweichende im allgemeinen Sprachgebrauch verkörperte Bedeutung, so könnte man im

⁴³⁵ *Bolay*, MMR 2009, 669 (671).

⁴³⁶ So etwa *Benert/Reeckmann*, ZfWG 2013, 23 (25).

⁴³⁷ Vgl. hierzu den historischen Teil, Abschnitt B I.

Gegenzug auch die Unterscheidung zwischen Einsatz und Entgelt nivellieren, da sie im allgemeinen Sprachgebrauch wohl alternativ zueinander verwendet werden. Dem kritischen Leser bleibt sogar nicht verborgen, dass es selbst in der Rechtsprechung zum Teil an einer sauberen Trennung zwischen den Begriffen „Einsatz“ und „Entgelt“ fehlt.⁴³⁸ Um dem Wortlautargument der Befürworter eines eigenen Begriffes zu begegnen, ist ein Rückgriff auf eine solche Konstruktion jedoch gar nicht erforderlich. Wie bereits ausgeführt, verwendet das StGB den Begriff des „Einsatzes“ überhaupt nicht. Das Wortlautargument ist in diesem Falle also der Versuch, den Gesetzgeber durch eine Terminologie zu binden, die dieser nicht gewählt hat, sondern die ihm gewissermaßen aufgezwungen wurde.

Schließt man nun aber die rein zufällige Verwendung des Begriffes „Glücksspiel“ und die damit implizierte völlige Ignoranz des zeitlich nachfolgenden Gesetzgebers bezüglich der strafrechtlichen Verwendung des Begriffes aus, so spricht nicht zuletzt auch die Gesetzgebungshierarchie und die fehlende Erwähnung eines alternativen Begriffsverständnisses in der Begründung zum GlüStV gegen eine unterschiedliche Auslegung in GlüStV und StGB. Wollte der Landesgesetzgeber tatsächlich von der seit Jahrzehnten gefestigten Auslegung des Begriffes im Zusammenhang mit einem Bundesgesetz abweichen, so hätte dieser einen nicht unerheblichen Begründungsaufwand betreiben müssen.⁴³⁹ Jedenfalls hätte er aber überhaupt eine Aussage dahingehend treffen müssen.

b) Systematik

Als Argument für ein normübergreifendes einheitliches Begriffsverständnis wird auch die Wahrung der Einheit der Rechtsordnung herangezogen.⁴⁴⁰ Aus der Annahme zweier verschiedener Glücksspielbegriffe folgt jedoch nicht zwangsläufig eine Gefahr für die Einheit der

⁴³⁸ Vgl. etwa LG Freiburg, Urteil vom 12.05.2005 – 3 S 308/04, MMR 2005, 547 (547).

⁴³⁹ *Hambach/Münstermann*, K&R 2009, 457 (461).

⁴⁴⁰ *Liesching*, ZfWG 2009, 320 (321); *Vesting*, AfP 2011, 105 (110).

Rechtsordnung. Ein funktionierendes wertungswiderspruchsfreies Zusammenspiel beider Gesetze ist jedoch nur möglich, wenn das Strafrecht nicht ein Verhalten verbietet, welches verwaltungsrechtlich ausdrücklich erlaubt ist.⁴⁴¹ Das zum Teil geforderte weitere Verständnis im Rahmen des GlüStV würde jedoch lediglich dazu führen, dass ein Spiel verwaltungsrechtlich verboten ist, ohne jedoch strafrechtlich relevant zu sein. Hierin könnte sich eben jener bereits angesprochene Ultima-ratio-Charakter des Strafrechts widerspiegeln. Die unterschiedliche Auslegung des Begriffes Glücksspiel in unterschiedlichen Gesetzen könnte sich folglich einreihen in eine Vielzahl „*terminologischer Schwächen des Gesetzgebers*“⁴⁴², welche jedoch nichts mit der Einheit der Rechtsordnung zu tun haben.⁴⁴³ Vielmehr seien solche bereits erforderlich, um das Kreieren von „*nicht volkstümlichen Kunstausdrücken*“ zu vermeiden.⁴⁴⁴ Eine solche unterschiedliche Auslegung des Glücksspielbegriffes ist also weder durch die Einheit der Rechtsordnung noch aufgrund der Verwaltungsakzessorietät verboten.⁴⁴⁵ Die Verwaltungsakzessorietät wird aufgrund der „Verzahnung“ des § 284 StGB mit dem Verwaltungsrecht, welche durch das Merkmal des Fehlens einer behördlichen Erlaubnis zur Geltung komme, als Argument für eine einheitliche Auslegung bemüht.⁴⁴⁶ Eine grundsätzliche Pflicht zur identischen Auslegung begründet dies jedoch nicht. So merkte K. Schmidt grundsätzlich zum Akzessorietätsproblem an: „*Folgt ein Rechtsgebiet blindlings dem anderen, so muß dies keine Garantie, kann vielmehr auch eine Gefahr für die Einheit der Rechtsordnung bedeuten.*“⁴⁴⁷ Eine solche unterschiedliche Auslegung mag vielmehr unter anderem in solchen Fällen gerechtfertigt sein, in denen die Schutzgüter und Regelungsziele der betroffenen Regelungen divergieren. Eben dieses beanspruchen die Vertreter eines eigenen ordnungsrechtlichen Begriffes. Wie oben ausführlich dargelegt, sind die

⁴⁴¹ Kruis, NVwZ 2012, 797 (799 f.).

⁴⁴² K. Schmidt, in: Schmidt, Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, S.13.

⁴⁴³ K. Schmidt, in: Schmidt, Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, S.12; vgl. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 43 f.

⁴⁴⁴ Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 45.

⁴⁴⁵ Kruis, NVwZ 2012, 797 (800).

⁴⁴⁶ Vgl. Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 137.

⁴⁴⁷ K. Schmidt, in: Schmidt, Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, S.14.

Zielsetzungen der relevanten Regelungen tatsächlich nicht vollumfänglich deckungsgleich. Eine einheitliche Auslegung wäre demnach tatsächlich nicht zwingend. Freilich ist hieraus jedoch auch nicht der Gegenschluss, nämlich aus den teilweise abweichenden Regelungszielen ohne weitere Anzeichen eine unterschiedliche Auslegung zu fordern, zu ziehen. Vielmehr sind die Entstehungsgeschichte und der Gesetzeszweck der Regelungen zu untersuchen, um Anhaltspunkte für die Intention des Gesetzgebers ausfindig zu machen.

Das Argument der Einheit der Rechtsordnung bzw. der Verwaltungsakzessorietät wird überdies auch aufgrund des Zusammenspiels mit anderen Regelwerken als Argument für eine einheitliche Auslegung des Glücksspielbegriffes angeführt. In diesem Zusammenhang ist insbesondere der Rundfunkstaatsvertrag (RStV) von Interesse. § 8a Abs. 1 S. 1 RStV besagt: *„Gewinnspielsendungen und Gewinnspiele sind zulässig.“* Im selben Absatz heißt es dann einige Sätze weiter: *„Für die Teilnahme darf nur ein Entgelt bis zu 0,50 € verlangt werden.“* Ein eigener ordnungsrechtlicher Glücksspielbegriff, welcher keine Bagatellgrenze beinhaltet, wird daher zum Teil abgelehnt, weil hierdurch die Wertung des RStV-Gesetzgebers, 50-Cent-Gewinnspiele für zulässig zu erklären, ignoriert würde.⁴⁴⁸ Tatsächlich fand sich in einem Vorentwurf zu § 8a RStV die Formulierung: *„Die Regelungen des [GlüStV] der Länder bleiben unberührt. Ein Glücksspiel im Sinne des Glücksspielstaatsvertrages ist bei diesen Sendungen zu verneinen, da ein Entgelt von höchstens 0,50 € einschließlich gesetzlicher Mehrwertsteuer als unerheblich angesehen wird.“* Einzug in die Erläuterungen fand jedoch nur der erste Satz.⁴⁴⁹ Die unkommentierte Streichung dieses Passus aus der finalen Version – welche eine Folge der gegensätzlichen Interessen der Rundfunk- und Glücksspielreferenten war⁴⁵⁰ – wird zum Teil als bewusste gesetzgeberische Entscheidung für einen eigenen, weiteren Glücksspielbegriff verstanden,⁴⁵¹ während die Gegenansicht hieraus keine zwingende Aussage ableitet.⁴⁵² Auch

⁴⁴⁸ Vesting, AfP 2011, 105 (110 f.).

⁴⁴⁹ Bay-LT-Drs. 15/9667 S. 15.

⁴⁵⁰ Vgl. zum rechtspolitischen Hintergrund Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 128; Gummer, ZUM 2011, 105 (107).

⁴⁵¹ Hüskens, ZfWG 2009, 153 (159); VGH München, Urteil vom 25.08.2011 – 10-BV 10.1176, ZfWG 2011, 416 (420).

⁴⁵² Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 140; Kruis, NVwZ 2012, 797 (801).

wenn durch die Einführung des § 2 Abs. 6 GlüStV im Juli 2012 das Anwendungsverhältnis zwischen GlüStV und RStV im Bereich des Rundfunks zugunsten des Letzteren entschieden wurde, bleibt es für den Bereich der vergleichbaren Telemedien (§ 58 Abs. 4 RStV) bei einem Nebeneinander der beiden Vertragswerke.⁴⁵³ Anders als beim Strafrecht würde eine unterschiedliche Auslegung hier dazu führen, dass eine doppelte Zuständigkeit der Landesmedienanstalten und der Glücksspielaufsichtsbehörden vorläge, die aufgrund der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen abträglich für die Rechtssicherheit wäre.⁴⁵⁴ Auch die Regelungen des RStV sprechen somit für die Annahme eines einheitlichen Glücksspielbegriffes.⁴⁵⁵

Eine weitere Norm, die den Verfechtern des einheitlichen Glücksspielbegriffes als Beleg für das systematische Erfordernis einer einheitlichen Auslegung des Glücksspielbegriffes dient, ist § 33h Nr. 3 GewO. Im Zusammenspiel von Gewerbe- und Glücksspielrecht kommt dieser Norm eine „Scharnier-“⁴⁵⁶ bzw. „Reißverschluss-“⁴⁵⁷ Funktion zu. § 33h Nr. 3 besagt, dass die §§ 33c – 33g keine Anwendung finden auf „*die Veranstaltung anderer Spiele im Sinne des § 33d Abs. 1 Satz 1, die Glücksspiele im Sinne des § 284 des Strafgesetzbuches sind*“. Ein unterschiedliches Verständnis der Glücksspielbegriffe des GlüStV und des StGB würde für die Glücksspiele im Sinne des GlüStV, welche unterhalb der strafrechtlichen Bagatellgrenze operieren, zu kompetenziellen Überschneidungen der Behörden und folglich zu Zuständigkeitsproblemen im Zusammenhang mit dem bereits oben im Rahmen der Ausführungen zum Gewerberecht thematisierten § 33d GewO führen. Um den anschaulichen Vergleich von *Kruis* zu benutzen: „*der Reißverschluss würde klemmen*“.⁴⁵⁸ Um dieses Argument zu widerlegen, wird § 33d GewO zum Teil so ausgelegt, dass er keine Auffang-

⁴⁵³ Hartstein u.a., § 8a Rn. 5.

⁴⁵⁴ Kruis, NVwZ 2012, 797 (801).

⁴⁵⁵ Vgl. Hartstein u.a., § 8a Rn. 5; Jahn, in: Spindler/Schuster, § 8a RStV Rn. 9; Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 131 ff.

⁴⁵⁶ OVG Koblenz, Urteil vom 15.09.2009 – 6 A 10199/09, ZfWG 2009, 413 (416).

⁴⁵⁷ Kruis, NVwZ 2012, 797 (800).

⁴⁵⁸ Kruis, NVwZ 2012, 797 (800).

funktion habe, sondern überhaupt nur Geschicklichkeitsspiele erfasse.⁴⁵⁹ Letzteres widerspricht allerdings dem ganz herrschenden Verständnis von § 33d GewO.⁴⁶⁰

c) Entstehungsgeschichte

Auch die Entstehungsgeschichte dient Vertretern beider Lager als Argumentationsgrundlage. Das zeitlich erste relevante Vertragswerk bildet der LottStV aus dem Jahre 2004. Die in diesem Rahmen veröffentlichten Erläuterungen enthalten jedoch im Zusammenhang mit § 3 Abs. 1 keine Ausführungen zur Bedeutung des Entgeltbegriffes.⁴⁶¹ Im Rahmen der Erläuterungen zum Absatz 1 findet sich jedoch ein Verweis auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes.⁴⁶² In dieser Entscheidung wiederum nimmt das BVerwG Bezug auf § 284 StGB. Die Befürworter eines einheitlichen Begriffes sehen hierin zum Teil ein „*unmittelbares Rekurrieren*“ auf die Rechtsprechung des § 284 StGB.⁴⁶³ In der Entscheidung spielten der Einsatz und die in diesem Zusammenhang entwickelten Überlegungen jedoch keine Rolle. Da LottStV und StGB etwa auch in der Frage der Bestimmung der Zufallsabhängigkeit durchaus übereinstimmten, trifft der Verweis auf die Rechtsprechung des BVerwG also nicht die zwingende Aussage, dass sämtliche Begrifflichkeiten einer identischen Auslegung bedürfen. Anhaltspunkte, welche eine eigenständige Auslegung nahelegen, finden sich in den Erläuterungen allerdings überhaupt nicht. Zwar wird von Vertretern eines eigenen Begriffes zum Teil die Tatsache ins Feld geführt, dass bei den Verhandlungen zum LottStV im Rahmen einer

⁴⁵⁹ VGH Bayern, Urteil vom 25.08.2011 – 10 – BV 10.1176, ZfWG 2011, 416 (418 f.).

⁴⁶⁰ Vgl. *Enuschat*, in: Tettinger u.a., § 33d Rn.3; *Spindler*, K&R 2010, 450 (454 f.); *Meßerschmidt*, in: Pielow, § 33d Rn. 4 ff.

⁴⁶¹ Bay. LT-Dr. 15/716, S. 9.

⁴⁶² BVerwGE 96, 293.

⁴⁶³ *Liesching*, ZfWG 2009, 320 (322).

Tischvorlage die Erwähnung einer entgeltbezogenen Erheblichkeitsschwelle als Vorschlag eingebracht worden sei.⁴⁶⁴ Ebenso wie im Zusammenhang mit der oben beschriebenen, ebenfalls auf das Bestehen eines einheitlichen Glücksspielbegriffes hindeutenden Passage, welche im Rahmen des Entstehungsprozesses des RStV aufkeimte, jedoch letztlich keinen Einzug ins Vertragswerk fand, lässt sich auch hier aus der Nichtübernahme in das endgültige Vertragswerk nicht zwangsläufig eine Entscheidung in die eine oder die andere Richtung ableiten.

Interessant sind allerdings die Erläuterungen zu § 3 Abs. 2. Bezüglich der Bestimmung des Merkmals „öffentliches“ (Glücksspiel) wird dort direkt Bezug auf die strafrechtliche Regelung genommen („*lehnt sich an die strafrechtliche Rechtslage und Rechtsprechung an*“). Insbesondere wird in diesem Zusammenhang eine Abweichung zum strafrechtlichen Verständnis ausdrücklich klargestellt.⁴⁶⁵ So heißt es in den Erläuterungen:

„Während § 287 StGB wegen Fehlens einer dem § 284 Absatz 2 StGB entsprechenden Gleichstellungsklausel nicht öffentliche Lotterien in einem Verein oder einer sonstigen geschlossenen Gesellschaft auch dann nicht unter Strafe stellt, wenn sie gewohnheitsmäßig betrieben werden, stellt der Staatsvertrag diese unter ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten gleich. Damit soll die Verfestigung von Spielstrukturen verhindert werden, die sich durch mangelnde Transparenz und Kontrollierbarkeit auszeichnen.“

Sicherlich könnte man argumentieren, dass durch die Verwendung eines anderen Begriffes (Entgelt statt Einsatz) eine Klarstellung, dass etwas anderes gemeint ist, unnötig sei. Die Tatsache, dass im Rahmen des zitierten Auszuges allerdings nicht nur eine Klarstellung, sondern auch eine Begründung (Verhinderung der Verfestigung von Spielstrukturen) erfolgt, lässt das Unterbleiben jeglicher Ausführungen

⁴⁶⁴ VG Ansbach, Beschluss vom 15.06.2010 – AN 4 S 10.00573, ZfWG 2010, 369 (370) unter Bezugnahme auf die Ausführung des BayStMI vom 6.04.2010, Az. IA4-2161.1-201.

⁴⁶⁵ Bay. LT-Dr. 15/716, S. 9.

zum Entgeltbegriff jedoch tendenziell eher als ein Argument für eine einheitliche Auslegung erscheinen.⁴⁶⁶

Die Nachfolgerregelung, der GlüStV2008, enthält in seiner Erläuterung die Aussage, dass § 3 Abs. 1 – 3 LStV „*unverändert übernommen*“ wurden.⁴⁶⁷ Einige Sätze weiter heißt es dann jedoch:

„Ein Glücksspiel liegt im Übrigen nicht vor, wenn ein Entgelt nicht verlangt wird. Ein solches Verlangen ist nicht gegeben, wenn neben einer entgeltlichen Teilnahmemöglichkeit (z.B. via Mehrwertdienst) eine gleichwertige, praktikable und unentgeltliche Alternative – z.B. durch Postkarte, E-Mail oder via Internet – zur Teilnahme an demselben Spiel angeboten wird.“

Bei der Deutung dieser Aussage gehen die Meinungen weit auseinander. Hierbei haben sich zwei gegensätzliche Verständnismöglichkeiten herauskristallisiert:

Zum Teil wird die Aussage so verstanden, dass Mehrwertdienstgebühren unabhängig von ihrer Höhe Entgelt darstellen.⁴⁶⁸ Bereits zu Zeiten des GlüStV2008 hatte sich in Deutschland ein breites Angebot an Mehrwertdiensten etabliert. Beispielhaft, da im Rahmen von Gewinnspielsendungen und Gewinnspielen⁴⁶⁹ am verbreitetsten,⁴⁷⁰ soll an dieser Stelle auf die sogenannten Rufnummern für den Massenverkehr zu bestimmten Zielen (MABEZ) eingegangen werden, für welche die Bundesnetzagentur in Deutschland die Rufnummerngasse 0137 reserviert hat.⁴⁷¹ Die Gebühren entstehen je nach Nummer pro Minute

⁴⁶⁶ Vgl. *Hambach/Münstermann*, K&R 2009, 457 (461).

⁴⁶⁷ Bay. LT-Drs. 15/8486, S. 13.

⁴⁶⁸ VGH Bayern, Urteil vom 25.08.2011 – 10 BV 10.1176, ZfWG 201, 416 (418).

⁴⁶⁹ Ein Gewinnspiel ist ein Bestandteil eines Rundfunkprogramms oder eines Telemedienangebotes, der den Nutzerinnen und Nutzern im Falle der Teilnahme die Möglichkeit auf den Erhalt eines Vermögenswertes, insbesondere in Form von Geld, Waren oder Dienstleistungen, bietet. Eine Gewinnspielsendung ist ein inhaltlich zusammenhängender, nicht durch andere Programmelemente unterbrochener, zeitlich begrenzter Teil eines Rundfunkprogramms oder eines Telemedienangebots von mehr als 3 Minuten Länge, einschließlich der Hinweise der §§ 10 und 11, bei dem die Durchführung eines oder mehrerer Gewinnspiele, insbesondere unter Berücksichtigung des zeitlichen Umfangs dieser Spiele, den Schwerpunkt darstellt, so beispielhaft in § 2 Abs. 1 Nr. 1, 2 GewSpStzG Bremen, aber auch so oder ähnlich in den Gewinnspielsatzungen der anderen Länder.

⁴⁷⁰ Vereinzelt werden von den Veranstaltern auch 0900-Premium-Rate-Dienste genutzt.

⁴⁷¹ Vgl. zum Ganzen unten Abschnitt G III.

oder pro Anruf in Einheiten von entweder 0,14 €, 0,25 €, 0,50 € oder 1 €. Mithin liegen die Mehrwertdienstgebühren zum Teil unter der im Strafrecht diskutierten niedrigsten Schwelle von 0,50 €. Die Aussage, dass alle – also auch die unterhalb dieser Schwelle befindlichen – Gebühren ein Entgelt darstellen, könnte somit als Abkehr von der im Zusammenhang mit dem Begriff des Einsatzes geforderten Erheblichkeitsschwelle und folglich als Argument für das Bestehen eines eigenen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffes gewertet werden.

Aufgrund der Nennung der Teilnahme per Postkarte als Beispiel für eine unentgeltliche Teilnahme wird die Erläuterung jedoch zum Teil auch gerade als ein Hinweis auf die Fortgeltung der strafrechtlichen Gepflogenheit, dass Beträge, die im Rahmen einer postalischen Teilnahme aufgewendet werden, regelmäßig als unerheblich einzustufen sind (Postkartenalternative),⁴⁷² verstanden.⁴⁷³

Tatsächlich scheint die Erläuterung somit einen gewissen Wertungswiderspruch zu beinhalten. Will man jedoch allein aufgrund dieser Erläuterung zwischen den beiden verschiedenen Auffassungen zum Glücksspielbegriff eine Entscheidung treffen, so müsste diese auch hier in Richtung des Bestehens eines einheitlichen Glücksspielbegriffes ausfallen. Tatsächlich gibt es Mehrwertdienste, bei denen ein einzelner Anruf maximal 0,14 € kosten kann. Beim Großteil der verwendeten Mehrwertdienste fallen jedoch um ein Vielfaches höhere Kosten an. Dies sind die Mehrwertdienste, von denen für den Verbraucher die größte Gefahr ausgeht. Geht man davon aus, dass der Gesetzgeber sich beim Erlass des GlüStV2008 auch immer an Interessen des Verbraucherschutzes orientiert hat,⁴⁷⁴ so scheint es nicht abwegig, dass er bei Formulierung der Erläuterungen einzig die als besonders gefährlich einzuordnenden Premium-Rate-Dienste bzw. die teureren MABEZ-Dienste im Sinn hatte. Dass hierzu keine Klarstellung im Rahmen der Erläuterung erfolgte, könnte somit daran liegen, dass der Gesetzgeber die Mehrwertdienste, welche deutlich unterhalb der 0,50-€-Schwelle operieren, als vernachlässigungswürdig erachtete. Es wäre

⁴⁷² Krehl, in: Leipziger Kommentar, § 284 Rn. 12.

⁴⁷³ Gummer, ZUM 2011, 105 (114).

⁴⁷⁴ Laut Gummer, ZUM 2011, 105 (114) war der Verbraucherschutz sogar Schwerpunkt bei der gesamten Regulierung.

jedoch auch möglich, dass der Gesetzgeber durch ein Unterbleiben einer sprachlichen Aufweichung im Rahmen von Mehrwertdiensten bereits der Problematik der Mehrfachteilnahme begegnen wollte, eines Phänomens, welches im Rahmen dieser Arbeit an anderer Stelle aufgegriffen werden soll.

Während es also zum Teil Mehrwertdienste gibt, die aufgrund des Wortlauts der Erläuterung am Verständnis eines einheitlichen Glücksspielbegriffes zweifeln lassen, und zum Teil solche Mehrwertdienste, die ohne Einschränkung hiermit in Einklang gebracht werden können, wird demgegenüber eine Postkarte für den Teilnehmer an einem Gewinnspiel immer mit Kosten verbunden sein. Die Besonderheit der Verwendung einer Postkarte gegenüber einem Mehrwertdienst ist lediglich die, dass dem Veranstalter hierbei nichts zufließt. Der Teilnehmer leistet also nichts, *um eine Gewinnchance zu erwerben*, vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV. Seine Leistung ist in voller Höhe einzig intendiert, den Transport der Postkarte zu gewährleisten. Manche Autoren ziehen hieraus die Parallele zum Unmittelbarkeitskriterium des BGH und dadurch zu § 284 Abs. 1 StGB, um somit zur Annahme eines einheitlichen Glücksspielbegriffes zu gelangen.⁴⁷⁵ Dem wird jedoch entgegengehalten, dass eine solche Argumentationskette tautologisch sei, da sie eine Übertragung auf eine andere Übertragung stütze.⁴⁷⁶

Die oben dargestellte vom Verfasser zugrunde gelegte Deutung der „Goldkreis“-Entscheidung führt zu einem Gleichlauf von strafrechtlichem Unmittelbarkeitskriterium und Wortlaut des § 3 GlüStV. Die Vertreter eines einheitlichen Glücksspielbegriffes entnehmen hingegen der „Goldkreis“-Entscheidung höhere Anforderungen als dem Wortlaut des § 3 GlüStV. Nach ihrem Verständnis erfordert ein Glücksspiel im strafrechtlichen Sinne eine Leistung für den Erwerb einer Gewinnchance sowie einen Gewinn, welcher sich aus der Masse der Einsätze speist. Die vermeintlich tautologische Argumentationskette wird folglich genutzt, um das Unmittelbarkeitserfordernis des § 3 GlüStV über seinen Wortlaut hinaus an das in ihrem Verständnis engere Unmittelbarkeitserfordernis des § 284 anzugleichen. Wie jedoch das BVerwG

⁴⁷⁵ Bolay, MMR 2009, 669 (671 f.); Gummer, ZUM 2011, 105 (114).

⁴⁷⁶ Benert/Reeckmann, ZfWG 2013, 23 (25).

jüngst aufgezeigt hat, decken sich das Unmittelbarkeitserfordernis des StGB und des GlüStV bereits, ohne dass über den Wortlaut des § 3 GlüStV hinausgegangen wird.

Eine interessante, jedoch in diesem Zusammenhang scheinbar nicht vertretene Interpretation der Gesetzesbegründung wäre hingegen, die Erwähnung der Postkarte im Rahmen der Erläuterungen als Beispiel für einen absoluten Wert zu verstehen, welcher aufgrund seiner Höhe (0,45 €)⁴⁷⁷ nicht dem GlüStV unterfallen soll. Die Postkarte wäre mithin als ein Beispiel für das Merkmal „unentgeltlich“ und eben nicht als Beispiel für das Merkmal „unentgeltliches Verlangen“ zu verstehen.⁴⁷⁸ Eine solche Nutzung der Postkartenkosten zur Bestimmung eines Grenzwertes wäre in diesem Bereich auch kein Novum, wie etwa ein Blick auf die internen Verwaltungsvorschriften der Landesmedienanstalten, die im Oktober 2005 erlassenen Gewinnspielregeln, verdeutlicht. Ziffer 1.1 dieser GewinnSpielReg stellt hierbei ausdrücklich auf die Kosten einer Postkarte ab und nicht auf mit ihr verfolgte Ziele oder eine Unterscheidung nach den durch ihren Versand begünstigten Profiteuren.⁴⁷⁹ Legt man dieses Verständnis zugrunde, so unterfällt auch ein Entgelt, welches in voller Höhe für den Erwerb einer Gewinnchance geleistet wird, wenn es unterhalb der im Strafrecht entwickelten Bagatellgrenze bleibt, nicht dem Regelungsbereich des GlüStV.

d) Gesetzeszweck

Kein belastbares Argument für eine unterschiedliche Auslegung ist überdies die Problematik der Mehrfachteilnahme, welche sich insbesondere im Zusammenhang mit Telefongewinnspielen offenbart. Mit Blick auf einige Urteile könnte man einen im Vergleich zum Strafrecht

⁴⁷⁷ Vgl. <https://www.deutschepost.de/de/b/brief_postkarte.html> (Stand: 13.06.2016).

⁴⁷⁸ So jedoch etwa *Gummer*, ZUM 2011, 105 (114), welcher einen einheitlichen Glücksspielbegriff annimmt, die Postkarte aber als Beispiel für das Erfordernis einer differenzierten Betrachtung, „wofür etwas bezahlt wird“, versteht.

⁴⁷⁹ Vgl. Anwendungs- und Auslegungsregeln der Landesmedienanstalten für die Aufsicht über Fernseh-Gewinnspiele (GewinnSpielReg) Ziffer 1.1. Stand 19. Juni 2007, abrufbar im Internet: <<http://www.lfk.de/fileadmin/media/pdf/Gewinnspielregeln.pdf>> (Stand: 13.06.2016).

weiteren Glücksspielbegriff fordern, um einen effektiven Schutz der Teilnehmer an solchen Spielen zu gewährleisten. So entschied etwa das LG Freiburg, dass es sich bei einem Telefongewinnspiel, bei dem eine Teilnahme 0,49 € kostete, nicht um ein Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB handelte. Die Tatsache, dass mehrmals durch dieselben Anrufer teilgenommen wurde, führe nicht zu einer Summierung der Kosten.⁴⁸⁰ Auch andere Gerichte und Literaturstimmen bewerten die Mehrfachteilnahme als grundsätzlich unbeachtlich und stellen auf die Kosten des einzelnen Anrufes ab.⁴⁸¹ Dies erscheint problematisch, da gerade Telefongewinnspiele regelmäßig auf eine Mehrfachteilnahme ausgerichtet sind⁴⁸² und für den Teilnehmer hierdurch horrenden Kosten entstehen können. Als Beispiel mag etwa ein Urteil des LG Berlin vom 28.09.2004 dienen.⁴⁸³ Im zugrunde liegenden Sachverhalt waren dem Anrufer innerhalb weniger Wochen insbesondere durch 47.024 Teilnahmen an 0137-Gewinnspielen, die jeweils 0,49 € kosteten, Kosten in Höhe von € 23.156,32 in Rechnung gestellt worden. Die verschiedenen Ansichten zum Umgang mit der Problematik der Mehrfachteilnahme sollen im Zusammenhang mit der Spielform der Gewinnspiele eingehender behandelt werden.⁴⁸⁴ An dieser Stelle soll lediglich der Hinweis erfolgen, dass bei solchen auf eine Mehrfachteilnahme ausgerichteten Gewinnspielen unter anderem auch Vertreter eines eigenen Glücksspielbegriffes davon ausgehen, dass eine Aufsummierung der isolierten Teilnahmeentgelte erfolgen muss, um die Entgeltbeschränkung des § 8a Abs. 1 Satz 6 RStV nicht leerlaufen zu lassen.⁴⁸⁵ Besonders gefährliche Gewinnspiele unterfallen damit sowohl dem § 284 StGB als auch dem § 3 GlüStV. Eines eigenen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffes, um dieser Art von Spielen Herr zu werden, bedarf es folglich nicht.

⁴⁸⁰ Vgl. LG Freiburg, Urteil vom 12.05.2005 – 3 S 308/04, MMR 2005, 547.

⁴⁸¹ Vgl. OLG München, Beschluss vom 22.12.2005 – 6 W 2181/05, MMR 2006, 225 (226); AG Wiesbaden, Beschluss vom 9.08.2005 – 2220 Js 13226/04-73 Ds, GewArch 2005, 485; *Blaue*, ZUM 2011, 119 (122 ff.); *Hartstein u.a.*, § 8a Rn. 8.

⁴⁸² *Hüsken*, ZfWG 2009, 153 (157).

⁴⁸³ LG Berlin, Urteil vom 28.09.2004 – 5 O 241/04, MMR 2005, 126.

⁴⁸⁴ Vgl. unten Abschnitt G III.

⁴⁸⁵ *Dietlein/Hüsken*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 2 GlüStV Rn. 35; vgl. auch *Hohmann*, in: MüKo, § 284 Rn. 11; *Kleinschmidt*, MMR 2004, 654 (658).

e) Rechtsprechung

Verlagert man den Fokus auf die Rechtsprechung, so begegnet man auch hier Uneinigkeit hinsichtlich der Auslegung des Glücksspielbegriffes des § 3 Abs. 1 GlüStV. Jedenfalls die oft kolportierte Ansicht, in der Rechtsprechung wäre eine klare Tendenz bezüglich der Annahme eines eigenen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffes erkennbar, erscheint jedoch überzogen.⁴⁸⁶ In der Vielzahl der in diesem Bereich ergangenen Urteile finden sich unter Berufung auf die dargelegten Argumente sowohl Befürworter eines eigenen⁴⁸⁷ als auch Befürworter eines einheitlichen Verständnisses.⁴⁸⁸ Wandert man den Instanzenzug nach oben, so stößt man auf Urteile des BVerwG und des BGH, die sich lange Zeit jedoch nur am Rande zu dieser Thematik äußerten. Das BVerwG äußerte sich gleich in mehreren Fällen zu der Thematik, jeweils in Form eines obiter dictum. Fast wortgleich stellte das BVerwG zum Verhältnis von RStV und GlüStV mehrmals fest, dass Rundfunkgewinnspiele, soweit sie nach § 3 GlüStV als Glücksspiele einzuordnen sind, ebenso erlaubnispflichtig und von denselben Erlaubnisvoraussetzungen abhängig seien wie die übrigen dem GlüStV unterfallenden Spiele.⁴⁸⁹ Hieraus wurde die Wertung entnommen, dass also auch Entgelte unterhalb der 50-Cent-Grenze die Glücksspieleigenschaft nicht entfallen lassen, sodass ein vom traditionellen strafrechtlichen Verständnis abweichender Glücksspielbegriff existieren müsse.⁴⁹⁰

Der BGH äußerte sich in mehreren am 28.09.2011 ergangenen wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen zur Thematik.⁴⁹¹ Das Gericht stellte in diesem Zusammenhang fest, dass „*Teilnahmeentgelte von höchstens 0,50 Euro [...] glücksspielrechtlich unerheblich* [seien

⁴⁸⁶ So jedoch zuletzt etwa Benert/Reeckmann, ZfWG 2013, 23 (23, 31).

⁴⁸⁷ Vgl. etwa VGH Bayern, Urteil vom 25.08.2011 – 10 BV 10.1176, ZfWG 2011, 416; Hess. VGH, Beschluss vom 7.09.2011 – 8 B 1552/10, ZfWG 2011, 425.

⁴⁸⁸ Vgl. etwa VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23.05.2012 – 6 S 389/11, ZfWG 2012, 279; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.09.2009 – 6 A 10199/09, ZfWG 2009, 413.

⁴⁸⁹ Vgl. BVerwGE 140, 1 (9 f.); BVerwGE 138, 201 (215 f.).

⁴⁹⁰ Benert/Reeckmann, ZfWG 2013, 23 (28); Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 131.

⁴⁹¹ BGH, Urteil vom 28.09.2011 – I ZR 93/10, GRUR 2012, 201.

(Anm. des Verf.)].⁴⁹² Im weiteren Verlauf bemühten die Richter den aus der strafrechtlichen Diskussion bekannten Vergleich mit der Teilnahme per Postkarte zur Rechtfertigung der Unerheblichkeit. Eine Subsumtion unter § 3 GlüStV gelinge demnach nur, wenn die Spiele auf eine Mehrfachteilnahme ausgerichtet seien, sodass die Erheblichkeitsschwelle überschritten werde.⁴⁹³

In einer kürzlich ergangenen Entscheidung lässt auch das BVerwG nunmehr keinen Zweifel daran, dass es einen einheitlichen Glücksspielbegriff zugrunde legt.⁴⁹⁴ In dem Fall, über den das Gericht zu entscheiden hatte, ging es um die rechtliche Einordnung eines Bundesliga-Managerspiels. Das Gericht schloss sich hierbei in weiten Teilen der Entscheidung der ebenfalls einen einheitlichen Glücksspielbegriff propagierenden Vorinstanz an.⁴⁹⁵ Das BVerwG führt hierzu aus:

*„Das Tatbestandsmerkmal des für den Erwerb einer Gewinnchance verlangten Entgelts im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV darf deshalb nicht weiter ausgelegt werden als der Begriff des Einsatzes, der Bestandteil der Definition des Glücksspiels im Sinne des § 284 StGB ist.“*⁴⁹⁶

Für die weiteren Ausführungen und die Folgen dieses Urteils soll an dieser Stelle auf den Abschnitt G IV verwiesen werden, welcher sich gerade mit den Besonderheiten des vom BVerwG in der vorgefundenen Ausgestaltung nicht als Glücksspiel angesehenen Bundesliga-Managerspiels befasst.

f) Zwischenfazit

Sowohl die Vertreter eines einheitlichen als auch die Vertreter eines eigenen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffes berufen sich zur

⁴⁹² BGH, Urteil vom 28.09.2011 – I ZR 93/10, GRUR 2012, 201 (Rn. 66); ablehnend: Benert/Reeckmann, ZfWG 2013, 23 (30).

⁴⁹³ Vgl. BGH, Urteil vom 28.09.2011 – I ZR 93/10, GRUR 2012, 201 (Rn. 14).

⁴⁹⁴ BVerwGE 148, 146; vgl. Bolay, ZfWG 2014, 90 (91 f.).

⁴⁹⁵ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23.05.2012 – 6 S 389/11, ZfWG 2012, 279.

⁴⁹⁶ BVerwGE 148, 146 (152 f.).

Untermauerung ihrer Auffassung jeweils auf den Wortlaut sowie die Entstehungsgeschichte des Glücksspielstaatsvertrages. Unabhängig von der Entscheidung in die eine oder die andere Richtung legt dies jedenfalls den Schluss nahe, dass Entstehungsprozess und Wortwahl mitunter ein zumindest unglückliches, weil nicht eindeutiges Bild zeichnen. Als Erklärung hierfür mag die Tatsache herhalten, dass gerade der GlüStV2008, der eine Reaktion auf die Sportwetten-Grundsatzentscheidung des BVerfG⁴⁹⁷ darstellte, unter hohem Zeitdruck konzipiert wurde.⁴⁹⁸ Vor dem Hintergrund, dass es sich überdies von Beginn an um einen lediglich auf Zeit geschlossenen Vertrag handeln sollte, mag dies gewisse Unsauberkeiten erklären. Trotz der zum Teil mehrdeutigen Anzeichen und des sich in Teilen der Literatur und Rechtsprechung haltenden gegenteiligen Verständnisses sprechen die besseren Argumente und insbesondere eine an der Gesetzessystematik orientierte Auslegung jedoch für den zwingenden Schluss, dass sowohl im Strafrecht als auch im GlüStV ein einheitlicher Glücksspielbegriff regiert.⁴⁹⁹

Vertreter der gegenteiligen Auffassung können sich neuerdings insbesondere nicht mehr auf die Rechtsprechung des BVerwG berufen. Obwohl es sich anbot, die Rechtsprechung des BVerwG aufgrund ihrer Ausführungen zum Verhältnis von RStV und GlüStV, welche nahelegt, es könne Rundfunkgewinnspiele geben, die trotz eines maximalen Entgeltverlangens von 0,50 € als Glücksspiele einzuordnen sind,⁵⁰⁰ dahingehend zu deuten, dass ein eigener ordnungsrechtlicher Glücksspielbegriff ohne Erheblichkeitsschwelle existiere, stellt ein neues Urteil des BVerwG nun explizit das Gegenteil fest.⁵⁰¹ Auch das BVerwG stützt seine Aussage hierzu insbesondere auf den Gesetzessinn und den Gesetzeszweck sowie auf die Gesetzessystematik, die das Ge-

⁴⁹⁷ BVerfGE 115, 276.

⁴⁹⁸ Vgl. *Gebhardt/Postel*, in: *Gebhardt/Grüsser-Sinopoli*, § 21 Rn. 45.

⁴⁹⁹ Vgl. *Jaschinski*, in: *Heidrich/Forgó/Ferlsmann*, Rn. 13; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20.04.2009 – 1 S 203.08, ZfWG 2009, 190 (191); OVG Münster, Urteil vom 10.06.2008 – 4 B 606/08, GewArch 2008, 407; OVG Koblenz, Urteil vom 21.10.2008 – 6 B 10778/08, ZfWG 2008, 396; VG Trier, Urteil vom 3.02.2009 – 1 K 592/08, ZfWG 2009, 66 (67); *Engels*, WRP 2008, 470 (473).

⁵⁰⁰ Vgl. BVerwGE 140, 1 (7 ff.).

⁵⁰¹ BVerwGE 148, 146 (151 ff.).

richt am Zusammenspiel mit § 33h GewO kenntlich macht. Somit sprechen sich nunmehr BVerwG und BGH⁵⁰² zu Recht für einen einheitlichen Glücksspielbegriff aus.

⁵⁰² BGH, Urteil vom 28.09.2011 – I ZR 93/10, GRUR 2012, 201 (Rn. 66); ablehnend: *Benert/Reeckmann*, ZfWG 2013, 23 (30).

E. Verschiedene Rechtsgrundlagen

Wurde soeben untersucht, wann überhaupt ein Glücksspiel vorliegt, so soll an dieser Stelle ein kurzer Überblick über die verschiedenen sich mit Glücksspiel befassenden Regelungen erfolgen. Aufgrund der Vielzahl von Gesetzen und untergesetzlichen Regelungen, welche sich zumindest am Rande auch mit Glücksspielen beschäftigen, kann jedoch nicht auf sämtliche Regelungen eingegangen werden. Der Schwerpunkt dieser Untersuchung soll daher auf der Auseinandersetzung mit den straf- und gewerberechtlichen Rechtsgrundlagen sowie den Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages verbleiben. Darüber hinaus spielt im Bereich der (Online-) Glücksspiele das Unionsrecht eine zentrale Rolle. Letzterem soll daher einleitend ein eigener Abschnitt gewidmet werden, bevor die bundes- und landesrechtlichen Regelungen in der gebotenen Kürze vorgestellt werden, um ein Bewusstsein für die Gesetzessystematik zu schaffen. Auf die Herausforderungen, vor welche das Online-Glücksspiel die bestehenden Regelungen stellt, soll dann an späterer Stelle am Beispiel einiger konkreter Online-Spielformen eingegangen werden.

I. Einflüsse des Unionsrechts

Das Europarecht spielt unter anderem dort eine zentrale Rolle, wo die nationale Normgebung einen Eingriff in die europäischen Grundfreiheiten darstellt. Das Angebot von Online-Glücksspielen ist regelmäßig eine wirtschaftliche Tätigkeit, die der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 und 56 AEUV unterfällt.⁵⁰³ Beschränkungen dieser Freiheiten durch den nationalen Gesetzgeber setzen

⁵⁰³ Vgl. EuGH, Urteil vom 21.09.1999 – Rs. C-124/97 (Läärä u.a.), Slg. 1999, I-06067; EuGH, Urteil vom 06.03.2007 – Rs. C-338/04 (Placanica), Slg. 2007, I-01891.

nach der Rechtsprechung des EuGH „*zwingende Gründe des Allgemeininteresses*“ voraus.⁵⁰⁴ In diesem Zusammenhang hat der EuGH in der jüngeren Vergangenheit in einer Reihe von Entscheidungen Stellung zu diversen europäischen Ausprägungen staatlicher Glücksspielmonopole genommen.⁵⁰⁵

Für das deutsche Glücksspielrecht sind die Grundfreiheiten bereits aufgrund der Tatsache von zentraler Bedeutung, dass im Falle eines Widerspruches zwischen nationalen Regelungen und europäischen Grundfreiheiten der Anwendungsvorrang des Unionsrechtes gilt.⁵⁰⁶

Dies könnte vor allem in den Fällen relevant werden, in denen es Deutschland aufgrund eines Verstoßes gegen das sogleich zu erläuternde Kohärenzprinzip nicht möglich ist, sich auf die Rechtfertigung einer die Grundfreiheiten beschränkenden Maßnahme zu berufen.⁵⁰⁷

Im Folgenden wird zunächst jenes vom EuGH als ein zentrales Kriterium entwickelte Kohärenzerfordernis erläutert. Ein Erfordernis, welches über das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2010 auch Einzug in Deutschland gehalten hat.⁵⁰⁸ Sodann werden die in diesem Zusammenhang wesentlichen Entscheidungen näher untersucht und die aus ihnen erwachsenen Konsequenzen für das deutsche (On-line-)Glücksspielrecht dargestellt. Im Anschluss wird Stellung dazu genommen, inwieweit die aktuelle Gesetzeslage im Einklang mit den Forderungen des EuGH – insbesondere in Bezug auf die Kohärenz der Regelungen in diesem Bereich – steht.

1. Der Begriff der Kohärenz

Das im Zusammenhang mit nationalstaatlichen Glücksspielregelungen vielfach vom EuGH hervorgehobene Kohärenzerfordernis ist nicht

⁵⁰⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 21.09.1999 – Rs. C-124/97 (Läära u.a.), Slg. 1999, I-06067.

⁵⁰⁵ Vgl. hierzu sogleich Abschnitt E I 3.

⁵⁰⁶ Schorkopf, DÖV 2011, 260 (260).

⁵⁰⁷ Vgl. Kilian, AnwBl 2014, 111 (115)

⁵⁰⁸ Kilian, AnwBl 2014, 111 (115); BVerwGE 138, 201.

mit dem in Art. 7 AEUV verankerten Prinzip der Kohärenz zu verwechseln.⁵⁰⁹ Intention des Art. 7 AEUV ist es, dass zwischen den einzelnen Handlungen der Union ein stimmiger Zusammenhang herrscht, um möglichst effizient die Ziele des Art. 3 EUV zu erreichen.⁵¹⁰ Die Mitgliedsstaaten werden durch Art. 7 AEUV somit nur mittelbar dort gebunden, wo zu „*Maßnahmen der Union in den verschiedenen Bereichen*“ auch deren Kontrolle der Umsetzung in den Mitgliedsstaaten (durch Kommission und EuGH) zählt.⁵¹¹ In den hier noch zu besprechenden Urteilen greift der EuGH jedoch auf den in Art. 7 AEUV verwendeten Begriff der Kohärenz zurück und überträgt den Kohärenzgedanken auf die Gesetzgebungstätigkeit der einzelnen Mitgliedsstaaten.⁵¹²

Die Anforderungen der Kohärenz lassen sich am anschaulichsten anhand des im englischsprachigen Raum hierfür verwendeten Terminus verdeutlichen. Dort wird der Begriff „*hypocrisy test*“ verwendet.⁵¹³ Letztlich bedeutet Kohärenz die Stimmigkeit verschiedener Maßnahmen zueinander bzw. das Fehlen von Widersprüchen zwischen diesen Maßnahmen gemessen an einem gemeinsamen Ziel.⁵¹⁴ Wie *Frenz* klarstellt, bestimmt ein Mitgliedsstaat also faktisch selbst den Prüfungsmaßstab, indem er sich für ein bestimmtes Schutzziel bzw. einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses entscheidet.⁵¹⁵ An eben jenen Zielen muss sich der Mitgliedsstaat hinsichtlich seiner Gesetzgebung dann aber auch messen lassen. Beziehen sich also mehrere Einzelmaßnahmen auf ein und dasselbe Ziel, fordert das Prinzip der Kohärenz, dass diese Maßnahmen im Verhältnis zu dem Ziel in sich schlüssig und systematisch sind.

Der Begriff „*hypocrisy test*“ ist somit gut gewählt, da durch das Kohärenzgebot gerade sichergestellt werden soll, dass es sich bei dem gewählten Schutzziel nicht um einen vorgeschobenen Grund handelt,

⁵⁰⁹ *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 7 Rn. 11 ff.

⁵¹⁰ *Haratsch/König/Pechstein*, Europarecht, Rn. 64.

⁵¹¹ *Kämmerer*, DStR-Beih 2015, 33 (35).

⁵¹² *Talos/Strass*, wbl 2013, 481 (482).

⁵¹³ Vgl. Schlussanträge GA *Mengozzi*, 04.03.2010, 316/07 Markus Stoß u.a, ZfWG 2010, 55; *Talos/Strass*, wbl 2013, 481 (482).

⁵¹⁴ Vgl. *Hilf/Pache*, in: Grabnitz/Hilf/Nettesheim, Art. 3 Rn. 9.

⁵¹⁵ *Frenz*, EuR 2012, 344 (348 f.)

während in Wahrheit lediglich protektionistische, wirtschaftliche oder fiskalische Ziele durch die Beschränkung verfolgt werden sollen.⁵¹⁶ Die Notwendigkeit, das Handeln eines Mitgliedsstaates auf dessen Kohärenz zu prüfen, folgt aus den Wertungsspielräumen, welche die Mitgliedsstaaten besitzen. Folgerichtig kommt der Kohärenz mitgliedstaatlicher Regelungen somit vornehmlich in den Bereichen eine besondere Bedeutung zu, die nicht harmonisiert wurden.⁵¹⁷ Auch wenn der EuGH die Anforderung einer „*kohärenten und systematischen*“ Regelung somit – wie sogleich anhand einiger Urteile aufgezeigt werden soll – in den vergangenen 10 Jahren besonders im Glücksspielrecht hervorhebt, handelt es sich hierbei nicht um ein glücksspielspezifisches Kriterium.⁵¹⁸ Überdies ist die Kohärenz auch keine Anforderung, welche lediglich bei Eingriffen in die Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit relevant ist.⁵¹⁹ Betroffen sind vielmehr die Bereiche, in denen aufgrund der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedsstaaten weite Beurteilungsspielräume bei den Mitgliedsstaaten verbleiben. Dies trifft vor allem auf Bereiche zu, in denen kulturelle oder sittliche Wertmaßstäbe traditionell national geprägt sind,⁵²⁰ wie dies u.a. im Glücksspielrecht der Fall ist, bei dem traditionell beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten eine Rolle spielen.⁵²¹

⁵¹⁶ Vgl. *Talos/Strass*, wbl 2013, 481 (483); *Frenz*, EuR 2012, 344 (348).

⁵¹⁷ *Frenz*, EuR 2012, 344 (345).

⁵¹⁸ Vgl. etwa bzgl. der Kohärenzanforderungen im Bereich der Gesundheitspolitik EuGH, *Urteil* vom 17.07.2008, Rs. C-500/06 (*Corporación Dermoestética*), Slg. 2008, I-05785; EuGH, *Urteil* vom 10.03.2009 – Rs. C-169/07 (*Hartlauer*), Slg. 2009, I-01721.

⁵¹⁹ Vgl. zur Kohärenz im Zusammenhang mit der Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit EuGH, *Urteil* vom 03.03.2011, Rs. C-161/09 (*Kakavetsos-Fragkopoulos*), Slg. 2011, I-00915.

⁵²⁰ *Frenz*, EuR 2012, 344 (346).

⁵²¹ Vgl. EuGH, *Urteil* vom 24.03.1994 – Rs. C 275/92 (*H.M. Customs and Excise / Schindler*), Slg. 1994, I-01039; Vgl. zu den kulturellen und religiösen Wurzeln des Glücksspiels bereits den historischen Teil oben.

2. Dogmatische Verortung der Kohärenz

Auch wenn das Kohärenzerfordernis in der Literatur zum Teil als „*neues Kriterium*“ bezeichnet wird,⁵²² und terminologisch wie aufgezeigt einen europarechtlichen Ursprung hat, sind die im Rahmen der Kohärenzprüfung getätigten Überlegungen nicht vollständig neu. So verweist *Mann* zu Recht darauf, dass – wenn auch unter anderem Namen – der sachliche Inhalt der Kohärenzprüfung auch dem deutschen Verfassungsrecht nicht fremd ist, welches ähnliche Überlegungen in der Vergangenheit unter den Begrifflichkeiten der „*Systemgerechtigkeit*“ bzw. „*Folgerichtigkeit legislativen Handelns*“ diskutierte.⁵²³

Aufbautechnisch werden in der Literatur hinsichtlich der Kohärenzprüfung verschiedene Ansätze vertreten. So verortet *Dederer* die Kohärenzprüfung zwar innerhalb der altbekannten Verhältnismäßigkeitsprüfung, dort allerdings gleich an erster Stelle, im Rahmen der Prüfung der legitimen Zweckverfolgung.⁵²⁴ Letzteres vermag jedoch nicht zu überzeugen, da allein die Inkohärenz einer Maßnahme nicht zwingend zur Illegitimität der verfolgten Ziele führt.⁵²⁵ Vorzugswürdiger erscheint eine Prüfung der Kohärenz im Rahmen der Geeignetheit.⁵²⁶ Dies legt auch bereits die Rechtsprechung des EuGH nahe, in der es etwa heißt:

„Im Einzelnen müssen die Beschränkungen [...] **geeignet sein**, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen. (Hervorhebung durch den Verf.)“⁵²⁷

Lippert hingegen versteht die Kohärenzprüfung als eine zweite unionsrechtliche Kontrollmöglichkeit, welche im Anschluss an die Rechtfertigungsprüfung als eigenständige Schranken-Schranke zu erfolgen

⁵²² Vgl. *Lippert*, EuR 2012, 90 (90).

⁵²³ Vgl. *Mann*, DStR 2015, 28 (30); kritisch zur Systemgerechtigkeit *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, Art. 3 Rn. 96.

⁵²⁴ Vgl. *Dederer*, NJW 2010, 198 (200).

⁵²⁵ Vgl. *Windoffer*, GewArch 2012, 388 (389).

⁵²⁶ Vgl. *Frenz*, EuR 2012, 344 (349); *Windoffer*, GewArch 2012, 388 (389); *Hartmann*, EuZW 2014, 814 (817); *Talos/Strass*, wbl 2013, 481 (482);

⁵²⁷ EuGH, Urteil vom 6.11.2003 – Rs. C-243/01 (*Gambelli u.a.*), Slg. 2003, I-13031.

hat.⁵²⁸ Begründet wird dies damit, dass sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf eine isolierte Maßnahme beziehe, wohingegen die Kohärenzprüfung immer den Vergleich mindestens zweier verschiedener Maßnahmen erfordere.⁵²⁹ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die einzelne Maßnahme weiterhin der Untersuchungsgegenstand bleibt und die Heranziehung von „Vergleichsmaßnahmen“ etwa im Rahmen der Erforderlichkeit ein gängiges Mittel der Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellt.⁵³⁰ Vorzugswürdig erscheint es somit, die Kohärenzprüfung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Geeignetheitsprüfung vorzunehmen.⁵³¹

3. Die wichtigsten Entscheidungen des EuGH zur Kohärenz im Zusammenhang mit Online-Glücksspielen

Die einzelnen Voraussetzungen einer kohärenten Regelung sowie die Reichweite dieses Erfordernisses hat der EuGH nach und nach im Rahmen diverser Entscheidungen entwickelt und fortgeschrieben. Im Folgenden sollen die wesentlichen Urteile, die im Zuge dieser Entwicklung im Bereich des Glücksspiels ergangen sind, sowie deren Auswirkungen für die Kohärenzprüfung erläutert werden.

a) Die Gambelli-Entscheidung

Bereits 2003 erging ein Urteil des EuGH – allerdings zum italienischen Recht –, in dem die europarechtliche Zulässigkeit von Monopolen im

⁵²⁸ Vgl. Lippert, EuR 2012, 90 (93 ff.).

⁵²⁹ Vgl. Lippert, EuR 2012, 90 (92 f.).

⁵³⁰ Vgl. Windoffer, GewArch 2012, 388 (389).

⁵³¹ Kämmerer, DStR-Beih 2015, 33 (36); im Ergebnis auch Streinz/Kruis, NJW 2010, 3745 (3747).

Bereich der Glücksspiele untersucht wurde. Der sogenannten *Gambelli-Entscheidung*⁵³² lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem ein italienischer Staatsbürger Vermittlerleistungen über das Internet für einen englischen Sportwettenanbieter erbrachte. Seinerzeit war die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten in Italien Teil eines staatlichen Monopols, unter dessen Geltung lediglich der Staat selbst oder die von ihm konzessionierten Unternehmen Sportwetten anbieten konnten (ähnlich dem aktuellen deutschen Modell). Ein Verstoß gegen diese Regelung war strafbar. Wegen eines solchen Verstoßes wurde gegen einen Herrn Gambelli sowie gegen 137 weitere Beschuldigte ein Strafverfahren geführt, weil diese mithilfe des Internets die Teilnahme an Sportwetten im EU-Ausland vermittelt hatten. Das erkennende Strafgericht legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob in einem solchen Fall die Bestrafung einen Verstoß gegen die Art. 43 und 49 EG (heute Art. 49 und 56 AEUV) – die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit – darstellte.

Der EuGH erkannte zunächst sowohl einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit als auch in die Niederlassungsfreiheit. Die Dienstleistungsfreiheit des englischen Wettanbieters sei durch das Verbot des Angebots im Internet beschränkt. Des Weiteren stelle der unabhängig von ihrem Sitz erfolgende Ausschluss von Kapitalgesellschaften bei der Konzessionsvergabe – wie es zu der Zeit in Italien der Fall war – eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.⁵³³ Im weiteren Verlauf der Entscheidung befasste sich das Gericht mit der möglichen Rechtfertigung einer derartigen Beschränkung und zeichnete damit den Weg auch für künftige Entscheidungen im Bereich der Glücksspielmonopole auf.

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH lassen sich Beschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit mit zwingenden Gründen des Allgemeininteresses rechtfertigen.⁵³⁴ Als solche

⁵³² EuGH, Urteil vom 6.11.2003 – Rs. C-243/01 (Gambelli u.a.), Slg. 2003, I-13031.

⁵³³ EuGH, Urteil vom 6.11.2003 – Rs. C-243/01 (Gambelli u.a.), Slg. 2003, I-13031, Rn. 48.

⁵³⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 24.01.2013 – verb Rs C-186/11, C-209/11 (Stanleybet International u.a.), ECLI:EU:C:2013:33, Rn.22; *Haratsch/König/Pechstein*, Europarecht, Rn. 979 f., 1026 ff.; *Hobe*, Europarecht, § 17 Rn. 186 f., § 18 Rn. 220 ff.

zwingenden Gründe des Allgemeininteresses wurden in der Vergangenheit unter anderem der Verbraucherschutz, Betrugsverbeugung und die Vermeidung von Anreizen zu überhöhten Ausgaben für das Spielen anerkannt,⁵³⁵ wobei der EuGH den einzelnen Mitgliedsstaaten aus Rücksicht auf deren jeweilige sittliche, religiöse und kulturelle Besonderheiten ein gewisses Ermessen einräumt.⁵³⁶ Allerdings müssen die ergriffenen Maßnahmen im Bereich des Glücksspiels tatsächlich die Gelegenheiten und Anreize zum Spielen vermindern und dürfen nicht lediglich den fiskalischen Interessen des Mitgliedsstaates dienen.⁵³⁷

In dieser Entscheidung betonte der EuGH zudem das Erfordernis einer kohärenten und systematischen Beschränkung der Wetttätigkeit und stellte zugleich klar, dass es an einer solchen Risikobegrenzung bereits dann zwingend fehle, wenn der Staat seine Verbraucher – durch Werbung und ähnliche Maßnahmen – dazu animiere, an Glücksspielen teilzunehmen, um die daraus entstehenden Einnahmen für die Staatskasse zu sichern,⁵³⁸ da ein solches Verhalten mit Blick auf das durch das Monopol verfolgte Ziel der Verhinderung von Spielsucht in hohem Maße widersprüchlich wäre.

Aus der Gambelli-Entscheidung des EuGH gingen, da die Aussagen des Gerichts betreffend dieser Auslegung des europäischen Rechts auch für künftige deutsche Gerichtsverfahren eine Bindungswirkung entfalten,⁵³⁹ vor allem zwei wichtige Erkenntnisse auch für den deutschen Staat hervor: Erstens stellte der EuGH fest, dass ein staatliches Monopol und Konzessionssysteme im Glücksspielbereich nicht per se europarechtswidrig sein müssen, sondern dass diese Maßnahmen zunächst am Maßstab der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses zu messen seien. Dies bestätigt die überwiegende Auffassung in der Literatur, wonach ein privates Glücksspielangebot auch nicht in der Lage ist, das Spiel in ähnlich effektiver Weise einzuschränken wie ein

⁵³⁵ Vgl. Hoeller/Bodemann, NJW 2004, 122 (123).

⁵³⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 24.03.1994 – Rs. C-275/92 (H.M. Customs and Excise / Schindler), Slg. 1994, I-01039, Rn. 60.

⁵³⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 21.10.1999 – Rs. C-67/98 (Zenatti), Slg. 1999, I-07289, Rn. 36.

⁵³⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 6.11.2003 – Rs. C-243/01 (Gambelli u.a.), Slg. 2003, I-13031, Rn. 69.

⁵³⁹ Kulms, Der Effektivitätsgrundsatz, S. 203.

staatliches Angebot.⁵⁴⁰ Zweitens rückte das Gericht das Gebot der Kohärenz und systematischen Beschränkung des Glücksspielwesens in den Vordergrund und betonte, dass eine Förderung der dem Monopol unterliegenden Glücksspiele durch den Staat aus fiskalischen Gründen heraus einer solchen Kohärenz grundsätzlich entgegenstehe. Diese Prinzipien entwickelte der Gerichtshof in den im Folgenden zu besprechenden Entscheidungen fort und konkretisierte weiter deren Voraussetzungen.

b) Die Carmen-Media-/Stoß-/Winner-Wetten-Entscheidungen

Eine weitere Reihe von Entscheidungen des EuGH mit Relevanz für die Entwicklung der deutschen nationalen Regelungen im Zusammenhang mit Glücksspielen erging im Jahr 2010. Zu diesen zählte insbesondere die Entscheidung eines Rechtsstreits zwischen der Carmen Media Group Ltd. und dem Land Schleswig-Holstein.⁵⁴¹ Diese Entscheidung besitzt für die vorliegende Arbeit eine besondere Relevanz, da es in dem Rechtsstreit um eine Erlaubnis zum Angebot von Sportwetten im Internet ging und die Aussagen des Gerichtshofs somit in einem unmittelbaren Zusammenhang zu den neuen Medien, speziell dem Internet, stehen.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die in Gibraltar ansässige Carmen Media Group Ltd. verfügte über eine Lizenz zur Vermarktung von Sportwetten, welche sich allerdings auf die Vermarktung solcher Wetten im Ausland beschränkte. Die Carmen Media Group Ltd. beabsichtigte nun, solche Wetten über das Internet in Deutschland anzubieten und beantragte beim Land Schleswig-Holstein die

⁵⁴⁰ Vgl. Walz, EuZW 2004, 523 (525).

⁵⁴¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 8.09.2010 – Rs. C-46/08 (Carmen Media Group), Slg. 2010, I-08149. Zu den weiteren an diesem Tag ergangenen Entscheidungen, die sich inhaltlich mit denen im Fall Carmen Media decken vgl. EuGH, Urteil vom 8.09.2010 – verb Rs C-316/07 – 410/07 (Stoß), Slg. 2010, I-08069 und EuGH, Urteil vom 8.09.2010 – Rs. C-409/06 (Winner Wetten), Slg. 2010, I-08015.

Feststellung, dass dies zulässig sei. Dieser Antrag wurde jedoch zurückgewiesen.

In dieser Entscheidung hat der EuGH – entsprechend den Vorlagefragen – insbesondere zwei wichtige Feststellungen getroffen. Das Gericht entschied, dass die Dienstleistungsfreiheit eines Anbieters von Online-Wettangeboten aus einem anderen Mitgliedsstaat auch dann von beschränkenden Maßnahmen betroffen ist, wenn der Anbieter in seinem Heimatmitgliedsstaat lediglich eine Erlaubnis besitzt, grenzüberschreitend Wetten anzubieten, nicht hingegen im eigenen Staat.⁵⁴² Der Gerichtshof hat weiterhin entschieden, dass es selbst bei Vorliegen der Erlaubnisvoraussetzungen nicht per se eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, wenn der erlaubniserteilenden Behörde ein Ermessen eingeräumt wird.⁵⁴³ Dieses Ermessen muss jedoch in einer das Recht der Union berücksichtigenden Weise ausgeübt werden. Es muss verhältnismäßig und geeignet sein, die legitimen Ziele zu verwirklichen und darf nicht willkürlich sein.

Im Rahmen der Beantwortung dieser Fragestellungen hat der EuGH eine wichtige und bemerkenswerte Auslegung vorgenommen. Der Gerichtshof betonte, dass es nicht lediglich auf eine vertikale Kohärenz – also eine Kohärenz innerhalb eines Glücksspieltypes – der Glücksspielregelungen ankomme. Dies wurde als Aufforderung zur Herstellung einer (Gesamt-)Kohärenz in horizontaler Hinsicht, also einer in Bezug auf alle Glücksspielarten kohärenten und systematischen Regelung verstanden.⁵⁴⁴

Das BVerwG bringt im Rahmen der Deutung der vom EuGH gestellten Anforderungen jedoch jüngst den Begriff der intersektoralen Kohärenz ins Spiel.⁵⁴⁵ Die intersektorale Kohärenz bildet hierbei in den Augen des BVerwG den „*Mittelweg*“⁵⁴⁶ zwischen vertikaler und horizontaler

⁵⁴² Vgl. EuGH, Urteil vom 8.09.2010 – Rs. C-46/08 (Carmen Media Group), Slg. 2010, I-08149, Rn. 41 ff.

⁵⁴³ Vgl. EuGH, Urteil vom 8.09.2010 – Rs. C-46/08 (Carmen Media Group), Slg. 2010, I-08149, Rn. 84.

⁵⁴⁴ Vgl. Brock, CR 2011, 517 (523); Brüning, NVwZ 2013, 23 (28); Dederer, NJW 2010, 198 (200); Hartmann, LKRZ 2013, 489 (491); Ennuschat, ZfWG 2011, 153 (155 ff.); Hufen, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, S. 47; Lippert, EuR 2012, 90 (94 ff.).

⁵⁴⁵ Vgl. BVerwGE 147, 47 (70 ff.). Kritisch hierzu Hartmann, EuZW 2014, 814 (817 ff.).

⁵⁴⁶ BVerwGE 147, 47 (73 f.).

Kohärenz. Während die vertikale Kohärenz nur die jeweilige Glücksspielart und die horizontale Kohärenz den gesamten Glücksspielmarkt als Vergleichsgruppe heranzieht, vergleicht die intersektorale Kohärenz verschiedene Glücksspielsektoren miteinander. Mag ein zwischen zwei Extrempositionen liegender „Mittelweg“ auf den ersten Blick grundsätzlich erstrebenswert erscheinen, so zeigt bereits die Terminologie einen großen Schwachpunkt dieses Konzeptes auf. Genau wie das Konzept der vertikalen Kohärenz es erfordert, zu definieren, was eine „Glücksspielart“ ist, muss die intersektorale Kohärenz definieren, was ein Vergleichssektor ist.

Hartmann stellt im Rahmen der Auseinandersetzung mit der intersektoralen Kohärenz überdies zutreffend fest, dass die Rechtsprechung des EuGH das Konzept intersektoraler Kohärenz keineswegs vorgebe, sondern diesbezüglich bestenfalls unergiebig sei.⁵⁴⁷ Solange der EuGH somit diesbezüglich keine Gelegenheit hatte, festzustellen, ob eine intersektorale Kohärenz ggf. den Anforderungen genügt, sollten die Gesetzgeber der auf breite Zustimmung treffenden Deutung der EuGH-Rechtsprechung folgen und die horizontale Kohärenz als Maßstab zugrunde legen.⁵⁴⁸ Letztere beurteilt diejenigen Segmente, welche auf dasselbe Ziel ausgerichtet sind.⁵⁴⁹ Es müssten also sämtliche Glücksspielarten auf ihre Gefährlichkeit für die geschützten Rechtsgüter hin untersucht werden. Entsprechend dieser Gefährlichkeit müssten die Regelungen und Erlaubnismöglichkeiten gestaltet werden.⁵⁵⁰ Diese Aussage ist, wie im Verlauf dieser Arbeit dargelegt werden wird, gerade in Bezug auf die deutsche Rechtssetzung – selbst nach Inkrafttreten des neuen GlüStV – problematisch.

⁵⁴⁷ *Hartmann*, EuZW 2014, 814 (817).

⁵⁴⁸ Vgl. *Hartmann*, EuZW 2014, 814 (819).

⁵⁴⁹ Vgl. *Lippert*, EuR 2012, 90 (95 ff.).

⁵⁵⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 8.09.2010 – Rs. C-46/08 (Carmen Media Group), Slg. 2010, I-08149, Rn 65 ff.

c) Die Digibet-Entscheidung

Mit Beschluss vom 24. Januar 2013 hat der BGH dem EuGH in der Rechtssache *Digibet* eine Vorlage zur Vorabentscheidung vorgelegt.⁵⁵¹ Die zentrale Frage des BGH war, ob die im Vergleich zum GlüStV liberalere Glücksspielpolitik, welche das Land Schleswig-Holstein in Form des Gesetzes zur Neuordnung des Glücksspiels (GlücksspielG-SH) über einen begrenzten Zeitraum verfolgte, zur Inkohärenz des GlüStV führt.

Hintergrund der Entscheidung ist die Anfang des Jahres 2013 noch bestehende unterschiedliche Rechtslage in Bezug auf Internetglücksspiele zwischen dem Bundesland Schleswig-Holstein und den übrigen Bundesländern. Wie bereits oben erläutert, hatte sich Schleswig-Holstein zunächst nicht dem neuen GlüStV angeschlossen und stattdessen mit dem GlücksspielG-SH eine eigene Rechtsgrundlage geschaffen. Zwei zentrale Unterschiede des GlücksspielG-SH im Vergleich zum GlüStV sind hierbei hervorzuheben. Zum einen ist gemäß § 26 GlücksspielG-SH keine Erlaubnis für Glücksspielwerbung im Internet erforderlich. Zum anderen gewährt § 23 Abs. 1, 2 GlücksspielG-SH einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Vertriebsgenehmigung sowohl für stationäre als auch für Internetwetten. Gemäß § 4 Abs. 4 und § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV sind hingegen das Veranstellen und Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet sowie die Werbung für öffentliches Glücksspiel im Fernsehen, Internet sowie über Telekommunikationsanlagen grundsätzlich verboten. Der BGH musste nun prüfen, ob ein derartiger Alleingang eines Bundeslandes bereits die Kohärenz des gesamten Regelungsbereichs Glücksspiel entfallen lässt.

In der Vergangenheit wurden vor diesem Hintergrund zum Teil hinreichend gewichtige Zweifel an der unionsrechtlichen Wirksamkeit des GlüStV geäußert.⁵⁵² Zum Teil wurde vorgebracht, dass die liberalere

⁵⁵¹ BGH, Beschluss vom 24.01.2013 – I ZR 171/10 (*Digibet*), ZUM 2013, 395.

⁵⁵² Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 10.12.2012 – 6 S 3335/11, ZfWG 2013, 42 (43 f.); Brock, CR 2011, 517 (524); Leupold, GRUR-Prax 2013, 116 (116); a.A. OLG Köln, Urteil vom 02.11.2012 – 6 U 114/10, ZfWG 2013, 45 (48).

Regelung Schleswig-Holsteins gegebenenfalls in einem so erheblichen Widerspruch zu den Regelungen des GlüStV stehe, dass die mit Letzterem verfolgten Ziele nicht mehr hinreichend effektiv verfolgt werden könnten.⁵⁵³ Jedenfalls aber sei aufgrund der Existenz solch divergierender Regelungen der Länder von einem Verstoß gegen das Kohärenzgebot auszugehen, da bereits widersprüchliche Regelungsziele vorlägen.⁵⁵⁴

Trotz der zwischenzeitlich erfolgten Übernahme des GlüStV auch in Schleswig-Holstein spielt die Frage noch immer eine Rolle, weil die während der Geltung des GlücksspielG-SH erteilten Konzessionen bis 2018 fortbestehen,⁵⁵⁵ wobei zum Teil bereits infrage gestellt wird, ob der EuGH diese Tatsache in seiner Entscheidung korrekt berücksichtigt hat.⁵⁵⁶ Zudem muss in einem föderal organisierten Staat jederzeit damit gerechnet werden, dass einzelne Länder im Rahmen ihrer grundgesetzlichen Gesetzgebungszuständigkeit abweichende Regelungen erlassen. Die Vorlagefrage ist somit insbesondere deshalb interessant, weil darin erstmals Fragen der Kohärenz mit Fragen der föderalistischen Organisation eines Mitgliedsstaates in Zusammenhang gebracht werden. Letztlich fragte der Bundesgerichtshof an, ob es neben der vertikalen und innerhalb der horizontalen Kohärenz auch eine Verpflichtung zur zwischenstaatlichen Kohärenz gibt. Wird diese Frage bejaht, stellt es die Idee eines föderalistischen Mitgliedsstaates der Europäischen Union vor erhebliche Probleme, denn einerseits garantiert die nationale Verfassung den Bundesstaat mit der entsprechenden gesetzgeberischen Aufgabenteilung zwischen Bund und Ländern,⁵⁵⁷ andererseits ist die Bundesrepublik Deutschland als Mit-

⁵⁵³ Dörr/Janich, K&R 2012 Beihefter 1, 1 (11 f.) halten daher einen Verstoß gegen das Konterkarierungsverbot für sehr wahrscheinlich.

⁵⁵⁴ Vgl. Dörr/Janich, K&R 2012 Beihefter 1, 1 (10 f.); Mayer/Schulte-Braucks, GRUR 2013, 530 (530 f.). Im Ergebnis ebenso Windoffer, DÖV 2012, 257 (263, 265).

⁵⁵⁵ Vgl. Gesetz zur Aufhebung des Glücksspielgesetzes vom 1.02.2013 (GVBl. S. 64, 69) „... gilt Folgendes zu beachten: § 31 Glücksspielgesetz gilt fort. Das Glücksspielgesetz findet mit Ausnahme der § 20 Abs. 7 und § 23 Abs. 7 Satz 4 und 5 weiter Anwendung, soweit auf seiner Grundlage bereits Genehmigungen erteilt worden sind. Ansonsten wird das Glücksspielgesetz aufgehoben“. [Hervorhebungen durch den Verfasser].

⁵⁵⁶ Vgl. Arendts, MMR 2014, 556 (556).

⁵⁵⁷ Vgl. Art. 20 Abs. 1, Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art 23 Abs. 1 Satz 3 GG.

gliedsstaat der Europäischen Union auch verpflichtet, die Grundfreiheiten zu schützen und nur im Rahmen der Normen der Union zu beschränken.

Der EuGH hat mittlerweile in seinem Urteil vom 12.06.2014 festgestellt, dass die zeitweise liberalere Glücksspielpolitik Schleswig-Holsteins die Kohärenz der von den übrigen Bundesländern verfolgten strikteren Politik nicht infrage stellt.⁵⁵⁸ Das Gericht weist hierbei zunächst auf den besonderen Charakter des Glücksspielbereiches hin, der der Einführung eines freien Wettbewerbs entgegensteht, da der im freien Wettbewerb existierende Konkurrenzkampf der verschiedenen Veranstalter die Gefahr der Spielsucht für den Verbraucher erhöhen würde.⁵⁵⁹ Der EuGH betont abermals das weite Ermessen, welches den staatlichen Stellen im Rahmen der Festlegung der Anforderungen zukommt und stellt fest, dass die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Ländern von der Union nicht infrage gestellt werden kann, da diese Ausdruck der nationalen Identität eines Mitgliedsstaates sei, welche die Union gemäß Art. 4 Absatz 2 EUV zu achten hat. Mit dem Hinweis auf die zeitliche und räumliche Begrenzung der eigenständigen Glücksspielpolitik des Landes Schleswig-Holstein stellt der EuGH fest, dass alleine hieraus keine Inkohärenz des GlüStV folgt. Allerdings enthält das Urteil keine Aussage darüber, ob der GlüStV verhältnismäßig ist. Vielmehr verweist der EuGH den Sachverhalt wieder an den BGH, welcher prüfen sollte, ob die gemeinsame Regelung den von der EuGH-Rechtsprechung aufgestellten Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügt. Der BGH hat mit Beschluss vom 7. Mai 2015 jedoch festgestellt, dass die Revision in dem Verfahren wirksam zurückgenommen wurde, sodass der BGH in diesem Verfahren nicht mehr entscheiden wird.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ EuGH, Urteil vom 12.06.2014 – Rs. C-156/13 (Digibet und Albers), ECLI:EU:C:2014:1756.

⁵⁵⁹ Vgl. hierzu bereits EuGH, Urteil vom 24.01.2013 – verb Rs C-186/11, C-209/11 (Stanleybet international u.a.), ECLI:EU:C:2013:33, Rn. 45.

⁵⁶⁰ Vgl. *Koenig*, Stellungnahme zum Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 7. Mai 2015 – I ZR 171/10 – Digibet II, abrufbar im Internet: <<http://www.isa-guide.de/isa-law/articles/128929.html>> (Stand: 13.06.2016).

d) Zusammenfassung

Aus der dargestellten EuGH-Rechtsprechung sind vor allem vier Aussagen festzuhalten:

1. Ein staatliches Monopol im Glücksspielbereich kann mit dem Unionsrecht vereinbar sein, auch wenn dadurch Anbieter aus anderen Mitgliedsstaaten vom Angebot ausgenommen sind.
2. Der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit durch Bildung und Unterhaltung eines staatlichen Monopols kann nur durch die Verfolgung von Zielen, die zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehören, gerechtfertigt sein.
3. Zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zählen auch der Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen.
4. Die Umsetzung dieser Zielverwirklichung muss in kohärenter und systematischer Weise erfolgen.

Vor allem dieser vierte Punkt entfaltet für die später erfolgende Bewertung der aktuellen Rechtslage Relevanz. Für die Beurteilung der Kohärenz und Systematik der vorhandenen Regelungen im Bereich des Glücksspiels ist eine Gesamtschau der vorgefundenen Glücksspielarten und deren Regelungen genauso entscheidend wie die Betrachtung der Behandlung einzelner Angebote innerhalb einer Glücksspielart. Die Kohärenz und Systematik lassen sich dem Gerichtshof zufolge daran erkennen, dass die – gemessen an den erwähnten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses – gefährlicheren Glücksspielarten und -ausprägungen eine strengere, restriktivere Regelung erfahren als diejenigen, welche ein geringeres Gefahrenpotenzial aufweisen. Fiskalische Interessen dürfen bei der Wahl der restriktiven Maßnahme

keine Rolle spielen und dürfen lediglich einen angenehmen Nebeneffekt darstellen.

Betrachtet man die heutigen Glücksspielregelungen anhand dieser Vorgaben des EuGH, kommen doch erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit des deutschen Glücksspielrechts mit dem Unionsrecht auf. Die strengsten Restriktionen sind nämlich im Bereich der Lotterien zu verzeichnen, bei denen noch immer ein vollständiges staatliches Monopol besteht. Diese sind jedoch nachweislich deutlich weniger suchterregend als viele andere Glücksspielarten.⁵⁶¹ Ebenfalls einer sehr strengen Regelung unterliegen die Sportwetten, die immerhin durch die Novellierung des GlüStV eine gewisse Lockerung dahingehend erfahren haben, dass nunmehr eine Konzessionierung an private Anbieter stattfinden kann. Die Automatenspiele hingegen, denen ein starkes Suchtpotenzial anhaftet, unterliegen nicht einmal einem Konzessionsmodell, sondern lediglich einer gewerberechtlichen Erlaubnispflicht in Gestalt eines präventiven Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt. Aufgrund der aus diesen Diskrepanzen folgenden systematischen Widersprüche in horizontaler Sicht ist damit zu rechnen, dass der EuGH auch in Zukunft eine Unvereinbarkeit der Regelungen mit dem Unionsrecht wird annehmen müssen. Spannend bleibt somit der Blick zum Gesetzgeber, dessen Aufgabe nun darin bestehen wird, in weiteren Gesetzgebungsschritten die geforderte Kohärenz der Regelungen herzustellen.

⁵⁶¹ Vgl. bzgl. Bewertungsinstrumenten zur Feststellung der Gefährlichkeit von Glücksspielprodukten: *Becker u.a.*, ZfWG 2008, 1 (2 ff.). Vgl zu den verschiedenen Faktoren auch bereits Abschnitt C I.

II. Bundesrechtliche Regelungen

Auch wenn mittlerweile feststeht, dass der BGH über die Zulässigkeit von Online-Glücksspielen in der Rechtssache Digibet aufgrund der Rücknahme der Revision nicht mehr entscheiden wird,⁵⁶² soll nicht zuletzt die angesprochene Verweisung des Sachverhalts durch den EuGH an den BGH Anlass bieten, die Gesamtsystematik des aktuellen deutschen Glücksspielrechtes zu untersuchen. Dies muss insbesondere auch im Lichte der obigen Ausführungen zum Erfordernis der Herstellung eines kohärenten Regelungsgefüges geschehen. Mithin sollen zunächst die sich auf verschiedene Bundesgesetze verteilenden Regelungen der Glücksspielmaterie beleuchtet werden. Den bundesrechtlichen Schwerpunkt bilden hierbei die straf- und gewerberechtlichen Regelungen.

1. Straftatbestände

Die wichtigsten Strafnormen im Zusammenhang mit Glücksspielen finden sich im 25. Abschnitt des Strafgesetzbuchs. Neben den §§ 284, 285 und 287 StGB spielt allerdings häufig auch der Betrugstatbestand des § 263 StGB sowohl im Zusammenhang mit klassischen als auch mit Online-Glücksspielen eine Rolle. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die – ohnehin häufig im Verborgenen befindliche – Welt des Glücksspiels nicht selten einen Nährboden für betrügerische Machenschaften bietet, der unter Ausnutzung der gegebenenfalls beim Opfer vorhandenen Spielsucht leicht zu erzielende Erfolge verspricht.⁵⁶³

Als Beispiel kann etwa ein Fall herangezogen werden, über den das BayObLG im Jahre 1993 zu entscheiden hatte. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt brachte der Croupier verschiedene Substanzen auf, um den Lauf bzw. den Fall der Roulettekugel ständig zu verän-

⁵⁶² Vgl. BGH, Beschluss vom 07.05.2015 – I ZR 171/10 (Digibet II), GRUR 2015, 820.

⁵⁶³ Ähnlich Hofmann/Mosbacher, NSz 2006, 249 (250).

dern. Hierdurch sollten die Spieler getäuscht werden, die aufgrund ihrer Beobachtungen vorausgegangener Spiele glaubten, den Verlauf der Kugel in groben Zügen vorhersagen zu können.⁵⁶⁴ Ähnliche Manipulationsmöglichkeiten sind selbstverständlich auch im Rahmen von Online-Glücksspielen vorstellbar.

Im Gegensatz zum Betrugstatbestand, bei dem lediglich die allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen im Kontext eines Glücksspiels erfüllt sein können, enthält der Bankrottstatbestand des § 283 StGB in seinem Absatz 1 Nr. 2 eine explizite Erwähnung von Spielen und Wetten als Sonderformen eines unwirtschaftlichen Umgangs mit Mitteln während einer Krise. Mit der Regelung einer besonderen Strafbarkeit für die (übermäßige) Teilnahme an Spielen und Wetten in den Krisensituationen des § 283 StGB bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass solche Spiele und Wetten per se als unwirtschaftlich einzustufen sind.⁵⁶⁵

Spiel oder Wette im Sinne dieser Norm sind entsprechend § 762 BGB zu verstehen⁵⁶⁶ und damit nicht vollständig deckungsgleich mit dem erläuterten Glücksspielbegriff, sodass etwa auch die progressive Kundenwerbung tatbestandsmäßig sein kann.⁵⁶⁷ Überdies soll nicht unerwähnt bleiben, dass – auch bei Bestehen der von § 283 StGB vorausgesetzten Krisensituation – nicht jede Teilnahme an derartigen Spielen strafbar ist, sondern nur das Verbrauchen *übermäßiger* Beträge.⁵⁶⁸ Nichtsdestotrotz soll bereits an dieser Stelle ein Bewusstsein für die hierin liegende Wertung des Gesetzgebers geschaffen werden, um hieran an späterer Stelle, im Rahmen der Reformvorschläge anzuknüpfen.

⁵⁶⁴ Vgl. BayObLG, Urteil vom 11.02.1993 – 5 St RR 170/92, NSTZ 1993, 491 (491 f.).

⁵⁶⁵ So *Ennuschat*, in: Tettinger u.a., § 33h Rn. 6.

⁵⁶⁶ *Fischer*, § 283 Rn. 12.

⁵⁶⁷ *Hoyer*, in: SK, § 283 Rn. 51.

⁵⁶⁸ Vgl. RGSt 14, 87; RGSt 42, 280; BGHSt 3, 25.

2. Gewerberecht

Das gewerberechtliche Spielrecht ist in den §§ 33c bis i der Gewerbeordnung geregelt. Zu beachten ist jedoch die Tatsache, dass sich diese Normen größtenteils nicht mit *Glücksspielen*, sondern mit vielfältigen anderen Spielarten beschäftigen. Zu den Glücksspielen zählen jedoch unter anderem die sogenannten Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit, die in § 33c GewO ihre Rechtsgrundlage finden.⁵⁶⁹ § 33h GewO regelt sogar explizit, dass die klassischerweise zu den Glücksspielen zählenden Lotterien, Sportwetten und Spielbankspiele nicht dem Gewerberecht zuzuordnen sind. Somit liegt der Schwerpunkt der gewerberechtlichen Glücksspielregelungen auf dem Gebiet der Spielautomaten.

Auf den ersten Blick mag die Auseinandersetzung mit den gewerberechtlichen Regelungen an dieser Stelle daher überraschen, da der Bereich der Spielautomaten und die Online-Glücksspiele, welche den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit bilden, in völliger Unabhängigkeit voneinander zu existieren scheinen. Die besondere Relevanz auch dieses Bereiches für den Untersuchungsgegenstand erwächst jedoch aus der Erkenntnis, dass Spielautomaten außerordentlich häufig mit Spielsucht und pathologischem Spielverhalten in Verbindung gebracht werden.⁵⁷⁰ Wie oben dargestellt, ist es gerade jene Gefahr, die dem Glücksspielrecht als Regelungszweck zugrunde liegt. Auch im Lichte der bereits aufgezeigten Faktoren, welche ein Spiel besonders suchtgefährdend machen, soll die hier erfolgende Darstellung der – besonders suchtgefährlichen – Spielautomaten eine Grundlage bieten, auf der Gemeinsamkeiten, aber vor allem auch Unterschiede zum Online-Glücksspiel aufgezeigt werden können. Einen solchen Vergleich herzustellen erfordert auch bereits der Kohärenzgedanke, welcher verlangt, dass die Strenge der vorhandenen Regelungen in einem systematisch nachvollziehbaren Bezug zur Gefährlichkeit der jeweiligen Glücksspiele steht. Um eine Aussage über die Angemessenheit der bestehenden Regulierung des Online-Glücksspiels zu treffen,

⁵⁶⁹ Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Vorb. zur GewO Rn. 1.

⁵⁷⁰ Vgl. BVerfGE 115, 276 (305).

muss daher zunächst die Breite glücksspielrechtlicher Regelungen und somit auch das Gewerberecht beleuchtet werden.

Weitere gewerbliche Spielarten, die in der Gewerbeordnung einer Regulierung unterzogen werden, sind die „anderen Spiele“ (§ 33d GewO) und die Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeit (§ 33i GewO). § 33d GewO fungiert hierbei insbesondere gegenüber § 33c GewO und § 284 StGB als Auffangvorschrift.⁵⁷¹ Die von der Norm betroffenen „anderen Spiele“ sind solche, die weder Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit im Sinne des § 33c GewO noch Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB sind.⁵⁷² Erfasst sind damit vor allem die Geschicklichkeitsspiele, bei denen die Entscheidung über Gewinn und Verlust maßgeblich von den Fertigkeiten des Spielers statt vom Zufall abhängt.⁵⁷³ Nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur fallen jedoch die aufgrund ihrer geringen „Einsatz“-Höhe nicht von § 284 StGB erfassten Glücksspiele ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 33d GewO, sodass diesem insoweit auch eine glücksspielrechtliche Auffangfunktion zukommt.⁵⁷⁴

§ 33g GewO stellt in Nr. 1 in Verbindung mit der Spielverordnung klar, dass einige der grundsätzlich unter § 33d GewO fallenden Spielarten der Erlaubnispflicht nicht unterliegen,⁵⁷⁵ soweit sie der Unterhaltung dienen und kein öffentliches Interesse an der Erlaubnispflicht besteht. Hierzu zählen insbesondere Preis- und Gewinnspiele (die freilich im RStV eine eigene Regelung erfahren haben, welche an späterer Stelle erörtert werden soll) und Ausspielungen.

⁵⁷¹ Vgl. *Odenthal*, *GewArch* 2006, 58 (59).

⁵⁷² Vgl. *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, § 33d GewO Rn. 5.

⁵⁷³ *Bahr*, *Glücks- und Gewinnspielrecht*, Rn. 234a.

⁵⁷⁴ Vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 15.09.2009 – 6 A 10199/09, *ZfWG* 2009, 413 (416); *Ennuschat*, in: *Tettinger u.a.*, § 33d Rn. 3; *Odenthal*, *GewArch* 2006, 58 (60); a.A.: *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, § 33d GewO Rn. 5.

⁵⁷⁵ Vgl. *Ennuschat*, in: *Tettinger u.a.*, § 33d Rn. 13.

3. Rennwett- und Lotteriegesetz

Für die Regulierung von Online-Glücksspielen lediglich von untergeordneter Bedeutung ist das dem Bundesrecht zuzuordnende⁵⁷⁶ Rennwett- und Lotteriegesetz. Der Grund für die gesonderte Regulierung von Wetten auf den Pferdesport liegt unter anderem auch in der Bedeutung der Pferdezucht im 19. Jahrhundert.⁵⁷⁷ Das Gesetz befasst sich in den §§ 1 bis 16 ausschließlich mit Pferdewetten, die zwar eine lange Tradition besitzen und sicherlich die Glücksspielkultur seinerzeit mitprägten, jedoch in der modernen Zeit gegenüber Spielautomaten und anderen (Online-)Sportwetten dramatisch an Bedeutung verloren haben.⁵⁷⁸ Die weiteren Paragraphen des Gesetzes befassen sich – entgegen dem Gesetzesnamen – nicht mit der umfassenden Regelung von Lotterien, sondern ausschließlich mit der steuerrechtlichen Behandlung von Lotterien und Sportwetten.⁵⁷⁹ Die materiellrechtlichen Rechtsgrundlagen für diese Spielarten finden sich in den landesrechtlichen Regelungen, die im Weiteren thematisiert werden.

III. Landesrechtliche Regelungen – der Glücksspielstaatsvertrag

Neben dem dargestellten Bundesrecht befinden sich zentrale Teile der glücksspielrelevanten Normen in landesrechtlichen Bestimmungen. Diese regeln das Ob und das Wie des (Online-)Glücksspiels und enthalten überdies teilweise auch eigene Sanktionen für Verstöße gegen diese Bestimmungen. Das rechtliche Fundament bildet hierbei der Glücksspielstaatsvertrag der Länder in seiner aktuellen Fassung, welcher im Folgenden näher untersucht werden soll. Die daneben beste-

⁵⁷⁶ Gesetzgebungskompetenz aus § 123 GG; vgl. BVerwGE 97, 12 (13).

⁵⁷⁷ Voßkuhle/Bumke, Rechtsfragen der Sportwette, S. 11; Deselaers, in: Pfister, S. 18 ff.

⁵⁷⁸ Siehe hierzu bereits die Abbildung oben, Abschnitt B II 3.

⁵⁷⁹ Ennuschat, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Vorb. zu RennwLottG Rn. 7.

henden speziellen Regelungen der Spielverordnung und der Spielhalengesetze der Länder bieten so gut wie keine Berührungspunkte mit dem Untersuchungsgegenstand des Online-Glücksspiels und bleiben daher außen vor.

§ 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV, als die zentrale Grundnorm und Kernstück des Staatsvertrages,⁵⁸⁰ statuiert die allgemeine Erlaubnispflichtigkeit für öffentliche Glücksspiele. Mit dieser Erlaubnispflichtigkeit geht das Verbot einher, ohne die erforderliche landesrechtliche Erlaubnis ein Glücksspiel nach § 3 GlüStV zu veranstalten oder zu vermitteln. Es handelt sich somit um das verwaltungsrechtliche Konstrukt des repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt. Bei einem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt gilt das betroffene Verhalten als grundsätzlich sozialschädlich und deshalb gesellschaftlich ungewollt. Nur in Ausnahmefällen soll eine Befreiung ermöglicht werden, meist um Härtefälle auszuschließen.⁵⁸¹ Ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt kann auch eingesetzt werden, um einen Kanalisierungseffekt bei grundsätzlich missbilligtem Verhalten zu erreichen.⁵⁸²

Die zweite wesentliche Säule des § 4 GlüStV,⁵⁸³ welche eine für den Untersuchungsgegenstand zentrale Aussage enthält, bildet das in § 4 Abs. 4 GlüStV geregelte Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen im Internet. So heißt es in § 4 Abs. 4: „*Das Veranstalten und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet ist verboten.*“ Nicht ausdrücklich im Gesetz vorgegeben sind hingegen die Umstände, unter denen ein Glücksspiel **im Internet** stattfindet. Dies wird gerade mit Blick auf die schnelle Entwicklung der neuen Medien und die Vielseitigkeit der darin enthaltenen Interaktionsmöglichkeiten interessant und für die zukünftige Praxis nicht unproblematisch sein. So können beispielsweise Apps auf Mobiltelefonen unterschiedlich gestaltet sein, sodass eine Internetverbindung evtl. nicht zum eigentlichen Spielen erforderlich ist, weil die Datenübertragung zwischen den Spielern auch über Bluetooth oder andere Datenübertragungsnetzwerke vollzogen werden kann. Zumindest wird davon ausgegangen,

⁵⁸⁰ Vgl. Heeg/Levermann, MMR 2012, 20 (21).

⁵⁸¹ Vgl. zum Ganzen, Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 36 ff.

⁵⁸² Vgl. Postel, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 4 Rn. 22.

⁵⁸³ Vgl. Postel, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 4 Rn. 1.

dass alternative Telekommunikationsformen zum Internet wie SMS oder E-Mail nicht vom generellen Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV umfasst sind.⁵⁸⁴ Jedoch kann auch an diesem Prinzip gezweifelt werden, da eine E-Mail den Einsatz des Internets ebenso voraussetzt wie ein klassisches Internetspiel. Diese Konflikte werden wohl anhand des Schutzgutes aufzulösen sein. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich nämlich, dass Grundlage des Totalverbotes für Internetglücksspiele die besondere Gefährlichkeit war, die durch die anonyme Teilnahme am Glücksspiel entsteht, mit anderen Worten, die fehlende soziale Kontrolle.⁵⁸⁵ Bedenkt man dies, sind keine Gründe ersichtlich, die die neuen Medien und Telekommunikationsmöglichkeiten aus dem Anwendungsbereich des Verbotes herauszunehmen vermögen. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie die Gerichte mit dieser Problematik umgehen werden, insbesondere da die speziellen Befreiungsvoraussetzungen des § 4 Abs. 5 GlüStV, die sogleich näher erläutert werden, auf diese alternativen Vertriebswege – trotz der ähnlichen Gefahrenlage –⁵⁸⁶ nicht unmittelbar anwendbar sind.⁵⁸⁷ Möglich bleibt somit lediglich eine entsprechende Anwendung der Regelungen auf diese Vertriebswege.⁵⁸⁸

1. Befreiung vom Verbot des Internetvertriebs

Ganz im Sinne der oben bereits erwähnten Kanalisierungsfunktion des neuen Glücksspielstaatsvertrages enthält § 4 GlüStV in seinem Abs. 5 eine Öffnungsklausel, wonach die Länder Lotterien und Sportwetten im Internet unter bestimmten Voraussetzungen erlauben können. Diese Erlaubnismöglichkeit stellt eine Öffnung des Marktes im Vergleich zum Vorgängervertrag dar, bei dem Glücksspiele im Internet ausnahmslos verboten waren.⁵⁸⁹ Zwar sah der GlüStV/2008 in seinem § 26 Abs. 6 ebenfalls die Möglichkeit einer Erlaubnis für Glücksspiele

⁵⁸⁴ Vgl. *Postel*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 4 Rn. 78.

⁵⁸⁵ Vgl. Erläuterung zum GlüStV a.F., 15.

⁵⁸⁶ Vgl. BVerfGE 115, 276 (314).

⁵⁸⁷ Vgl. VGH Kassel, Urteil vom 3.03.2011 – 8 A 2423/09, ZfWG 2011, 187 (189).

⁵⁸⁸ Vgl. VGH Kassel, Urteil vom 3.03.2011 – 8 A 2423/09, ZfWG 2011, 187 (189 ff.).

⁵⁸⁹ *Pagenkopf*, NJW 2012, 2918 (2923).

im Internet vor. Allerdings bestand ab dem 1.01.2009 tatsächlich keine Möglichkeit, eine Erlaubnis zu erlangen, da die zuvor geltende Norm, welche die konkreten Erlaubnisvoraussetzungen regelte (§ 25 Abs. 6 a.F.), weggefallen war.⁵⁹⁰

Wie auch die allgemeine glücksspielrechtliche Erlaubnis ist auch die Befreiung vom Internetverbot als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt ausgestaltet.⁵⁹¹ Die Norm begründet jedoch keine unmittelbare Befreiungsmöglichkeit, sondern eröffnet lediglich den Ländern die Möglichkeit, eine solche Befreiung in Landesgesetzen zu konzipieren.⁵⁹² Interessant sind im Übrigen die vom GlüStV vorgegebenen Voraussetzungen, unter denen eine Befreiung durch die Länder in Betracht kommt. Diese müssen – ausweislich des Wortlautes der Norm – kumulativ vorliegen. Insofern sind die Länder lediglich frei in ihrer Entscheidung, ob sie eine Befreiungsmöglichkeit einrichten. Die Modalitäten sind hingegen weitestgehend bereits durch § 4 Abs. 5 GlüStV vorgegeben. Die Länder können lediglich noch strengere Voraussetzungen vorschreiben.⁵⁹³ Die Voraussetzungen befassen sich mit den allgemeinen Gefahren der Glücksspiele sowie mit den besonderen Gefahren durch den Vertriebsweg Internet.

Die erste Voraussetzung für die Erteilung einer Befreiung ist das Fehlen von Versagungsgründen nach Abs. 2, womit die allgemeinen Erlaubnisvoraussetzungen Eingang in die Befreiungsvorschriften für Internetglücksspiele finden.

a) Ausschluss minderjähriger und gesperrter Spieler (§ 4 Abs. 5 Nr. 1 GlüStV)

Zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele ist in § 4 Abs. 5 Nr. 1 GlüStV geregelt, dass eine Befreiung vom Verbot des Internetglücks-

⁵⁹⁰ Vgl. *Postel*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 4 Rn. 80.

⁵⁹¹ Vgl. *Windoffer*, DöV 2012, 257 (264).

⁵⁹² Vgl. *Postel*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 4 Rn. 83.

⁵⁹³ Vgl. *Postel*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 4 Rn. 86.

spiels nur dann erteilt werden darf, wenn durch Identifizierung und Authentifizierung der Ausschluss minderjähriger und gesperrter Spieler gewährleistet ist. Grundlage für die einzuhaltenden Maßnahmen bildet das von der Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) vorgeschriebene Verfahren, welches zur Identifizierung und Authentifizierung eine zweistufige Prüfung verlangt, welche aus einer sogenannten Face-to-Face-Kontrolle bei der Anmeldung und einer Authentifizierung bei jeder einzelnen Nutzung besteht.⁵⁹⁴ Diese Vorgaben erweisen sich in der Realität jedoch häufig als reine Lippenbekenntnisse an die Belange des Jugendschutzes und den Ausschluss gesperrter Spieler zur Suchteindämmung. Der Verfasser hat im Rahmen dieser Arbeit eine Anmeldung bei der führenden Sportwettenseite im Internet selbst vorgenommen. Dort bestand die Eingangskontrolle lediglich aus der Angabe eines Geburtsdatums und Namens sowie dem Setzen eines Hakens, mit dem bestätigt wurde, dass die sich anmeldende Person über 18 Jahre alt sei. Weder bei der Einzahlung von Geldmitteln noch bei der einzelnen Wette erfolgten spätere Kontrollen. Somit zeigt sich, dass die Maßnahmen – insbesondere im Hinblick auf die Belange des Jugendschutzes – nur unzureichend sind, um eine tatsächliche Gewähr dafür zu bieten, dass lediglich volljährige Personen an dem Glücksspiel teilnehmen. Dies ist sicherlich den begrenzten Kontrollmöglichkeiten im Internet geschuldet, kann aber dennoch mit Blick auf den Stellenwert der betroffenen Schutzgüter bemängelt werden. Schließlich wäre es durch die Benutzung komplizierterer Verfahren durchaus möglich, strengere Kontrollen einzuführen, wie dies beispielsweise im Bereich des Internetbankings durch das sogenannte „Postident-Verfahren“ praktiziert wird. So könnte zunächst eine Registrierung unter Angabe der Personalausweisnummer, welche überprüft werden kann, erfolgen.

⁵⁹⁴ Vgl. KJM (Hrsg.), Kriterien zur Bewertung von Konzepten für Altersverifikationssysteme als Elemente zur Sicherstellung geschlossener Benutzergruppen in Telemedien nach § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV, abrufbar im Internet: <http://www.kjm-online.de/fileadmin/Download_KJM/Telemedien/KJM-AVS-Raster.pdf> (Stand: 13.06.2016); vgl. auch *Postel*, in: Dietlein/Hecker/ Ruttig, § 4 Rn. 88.

b) Begrenzung des Einsatzes (§ 4 Abs. 5 Nr. 2 GlüStV)

Komplexer sind die Anforderungen des § 4 Abs. 5 Nr. 2 GlüStV ausgestaltet. Dort sind gleich mehrere Voraussetzungen benannt. Diese befassen sich sämtlich mit der konkreten Ausgestaltung des wirtschaftlichen Risikos und dienen somit dem Schutz des am Spiel Teilnehmenden vor übermäßigen wirtschaftlichen Schäden. Zunächst befasst sich Satz 1 mit der Festlegung eines Maximalbetrages, den ein Spieler im Zeitraum eines Monats als Einsatz setzen darf. Dieser Betrag wird in § 4 GlüStV mit 1.000 EUR beziffert. Satz 2 stellt jedoch klar, dass die Länder die Befugnis haben, zur Erreichung der Ziele des § 1 in der Erlaubnis auch einen abweichenden Betrag zu bestimmen. Wenngleich es wahrscheinlich ist, dass der Gesetzgeber die 1.000 EUR als Maximalwert angesehen hat, der noch zulässig sein kann, ohne die Ziele des § 1 zu verfehlen, legen die Gesetzgebungsmaterialien nahe, dass – entsprechend dem gewählten Wortlaut – tatsächlich auch eine höhere Grenze individuell festgelegt werden kann.⁵⁹⁵ Damit stellt der Betrag von 1.000 EUR einen Richt- und Auffangwert dar, der gilt, sofern in der Erlaubnis keine abweichende Regelung getroffen worden ist.

Die Sätze 3 und 4 befassen sich sodann mit dem Saldierungsverbot und dem Kreditverbot. Die Gewinne, die ein Spieler erreicht, dürfen nicht mit seinen Einsätzen verrechnet werden. Dies soll zu einer höheren Transparenz des Spielgeschehens für den Spieler führen.⁵⁹⁶ Auch bei dieser Norm ist zu verzeichnen, dass in der Praxis anders verfahren wird. Bei dem Marktführer⁵⁹⁷ der Online-Sportwetten, *bwin*, werden Gewinne auf dem Spielerkonto gutgeschrieben. Von dort werden auch die konkreten Einsätze abgezogen. Der Spieler sieht somit immer einen Saldo aus Gewinnen und eingezahlten Beträgen, wenngleich diese noch nicht eingesetzt wurden. Wie viele Anbieter solcher Dienste ist *bwin* im Ausland – in diesem Fall in Gibraltar – lizenziert

⁵⁹⁵ Vgl. LT-Drs. Bay 16/11995, 22.

⁵⁹⁶ Vgl. LT-Drs. Bay 16/11995, 22.

⁵⁹⁷ Vgl. <<https://www.bwin.com/de/p/about-us/company>> und <<http://www.wettfreunde.net/online-wetten-deutschland>> (Stand: 13.06.2016).

und unterliegt den dortigen Bestimmungen zur Ausgestaltung des Wettangebotes.

Das Kreditverbot besagt, dass die Betreiber des Spiels den Spielern keinen Kredit gewähren dürfen. Die Spieleinsätze sind somit sämtlich im Voraus zu bezahlen. Auch dies dient nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts dazu, die Folgen der Spielsucht zu mildern und eine Ausnutzung derselben zu erschweren.⁵⁹⁸

Die Sätze 5 bis 8 befassen sich mit der sogenannten Selbstlimitierung. Die Selbstlimitierung, die gesetzlich definiert ist, ist die durch den Spieler eingestellte Limitierung des Einsatzes oder der Verluste für einen bestimmten Zeitraum. Das Gesetz verlangt, dass der Spieler bei seiner Registrierung vom Anbieter aufgefordert wird, eine solche Limitierung festzulegen. Diese Begrenzung tritt zu der ohnehin vorhandenen gesetzlichen Obergrenze hinzu und kann gemäß § 4 Nr. 2 S. 6, 8 GlüStV jederzeit vom Spieler verringert werden. Eine Erhöhung der Selbstlimitierungsgrenzen hingegen darf gemäß § 4 Nr. 2 S. 7 GlüStV erst nach Ablauf einer siebentägigen Schutzfrist wirksam werden. In einem Urteil aus dem Jahre 2008 stellte der Bundesgerichtshof hinsichtlich der Wirksamkeit einer solchen Selbstlimitierung fest, dass ein solches Mittel für nicht spielsüchtige Spieler eine sinnvolle Hilfestellung bieten kann, um der „Sogwirkung“ des Spieles entgegenzuwirken. Bei bereits spielsüchtigen Nutzern erscheine es jedoch *„schon fraglich, ob sie vor der Spielteilnahme noch unbefangen und realistisch einschätzen können, in welchem finanziellen Rahmen sie vertretbar spielen können“*.⁵⁹⁹

Diese Einschätzung zeigt, dass solche Einschränkungen lediglich einen kleinen Beitrag zur Minderung der Gefahren durch Glücksspiel im Internet leisten können. Auch werden Spieler, die bereits unter einem pathologischen Spielverhalten leiden, sich kaum durch solche Maßnahmen bremsen lassen.

⁵⁹⁸ BVerfG, Beschluss vom 26.03.2007 – 1 BvR 2228/02, NVwZ-RR 2008, 1 (3).

⁵⁹⁹ BGH Urteil vom 3.04.2008 – III ZR 190/07, NJW 2008, 2026 (2027).

c) Ausschluss von Suchtanreizen (§ 4 Abs. 5 Nr. 3 GlüStV)

§ 4 Abs. 5 Nr. 3 GlüStV verbietet das Kreieren von besonderen Suchtanreizen durch schnelle Wiederholungen. Dieses Verbot beruht auf der wissenschaftlichen Erkenntnis, dass die Suchtentwicklung durch häufige Wiederholung begünstigt wird.⁶⁰⁰ Diese Wirkung wird verstärkt, wenn die Wiederholungen in kurzer zeitlicher Abfolge erfolgen.⁶⁰¹ Bemerkenswert ist auch in diesem Bereich die nur in geringem Umfang zu verzeichnende Beachtung dieser Vorgabe, insbesondere im Bereich der Online-Sportwetten. So wird es den Spielern üblicherweise ermöglicht, innerhalb einer Internetseite und eines Benutzerkontos auf den Ausgang einer Vielzahl von Sportereignissen weltweit zu setzen. Dadurch können Verluste unmittelbar durch neue Einsätze vermeintlich kompensiert werden. *Hayer/Meyer* beschreiben das Resultat wie folgt:

„Indem zukünftige Erfolge nach Verlusten durch erneute Einsätze über die schnelle Ereignisfrequenz in Aussicht gestellt werden, entsteht ein hoher Grad an Aktivierung, die der Spielteilnehmer im Sinne von Euphorie, Kick oder Nervenkitzel als positiv erleben kann.“⁶⁰²

Diese Effekte verleiten den Spieler somit dazu, häufigere Einsätze zu tätigen, womit der Umsatz des Anbieters steigt und das Verlustrisiko beim Teilnehmer erhöht wird.

2. Werbung

§ 5 GlüStV enthält Bestimmungen zur Ausgestaltung von Werbung für Glücksspiele und stellt in Abs. 5 klar, dass Werbung für unerlaubtes

⁶⁰⁰ Vgl. *Böning/Grüsser-Sinopoli*, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli, § 26 Rn. 19 ff.

⁶⁰¹ Vgl. *Meyer*, Suchtreport 2000, 29 (32); *Becker u.a.*, ZfWG 2008, 1 (4).

⁶⁰² *Hayer/Meyer*, Sucht 2003, 212 (214).

Glücksspiel ausnahmslos verboten ist. Auch bei den die Werbung betreffenden Regelungen stehen der Jugend- und Verbraucherschutz im Vordergrund. Bezogen auf die Möglichkeit, für Glücksspiele im Internet zu werben, hat der aktuelle Glücksspielstaatsvertrag im Vergleich zu dessen Vorgänger erhebliche Lockerungen erfahren. Dies bezieht sich sowohl auf die klassische Werbung wie auch auf das Sponsoring. Der Glücksspielstaatsvertrag enthielt weder in der vorherigen noch in der jetzt gültigen Fassung eine Erwähnung, geschweige denn eine Legaldefinition des Sponsorings, welches lediglich im Rundfunkstaatsvertrag Erwähnung findet. Unter Sponsoring wird gemeinhin die gezielte Unterstützung von Personen/Projekten/Institutionen mit dem Ziel, Teilnehmer und Zuschauer mit Kommunikationsabsichten von Unternehmen zu konfrontieren, verstanden.⁶⁰³ Früher wurde das Sponsoring von der Rechtsprechung als vom umfassenden Werbeverbot eingeschlossen aufgefasst, mit der Folge, dass jegliches Sponsoring durch Glücksspielanbieter ausgeschlossen war. Durch die Öffnung des neuen GlüStV gegenüber der Werbung insgesamt ist auch das – gerade im Bereich der Sportberichterstattung weit verbreitete – Sponsoring durch Glücksspielanbieter möglich geworden.

Diese Lockerungen dienen der Erreichung einer Kanalisierung in legale Glücksspielangebote im Internet.⁶⁰⁴

Allerdings unterliegt die Glücksspielwerbung im Internet nach wie vor starken Einschränkungen, sodass beispielsweise die aus früheren Entscheidungen bekannte Bannerwerbung weiterhin verboten ist.⁶⁰⁵

Es ist den Ländern aber nunmehr möglich, unter bestimmten Voraussetzungen Internetwerbung zu erlauben. Dies ist nach *Hecker/Ruttig* bereits deshalb erforderlich, da bereits das Angebot von Glücksspielen im Internet zugleich eine Werbung für selbige darstelle, sodass die Zulassung solcher Angebote zwingend auch die Zulassung von Werbung in einem begrenzten Umfang voraussetze.⁶⁰⁶ Die Länder haben

⁶⁰³ Vgl. *Bruhn*, in: Gabler, Wirtschaftslexikon zu „Sponsoring“.

⁶⁰⁴ *Hecker/Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 5 Rn. 52 f.

⁶⁰⁵ Vgl. zur Bannerwerbung-Entscheidung OLG Hamburg, Beschluss vom 21.02.2008 – 5 W 17/08, ZfWG 2008, 120; *Hecker/Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 5 Rn. 68; Bannerwerbung bezeichnet Werbung, die auf Internetseiten rund um den eigentlichen Inhalt platziert wird. Durch Anklicken der Bannerwerbung erfolgt eine Weiterleitung auf die Seite des Werbenden.

⁶⁰⁶ *Hecker/Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 5 Rn. 69.

gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 GlüStV durch den Erlass gemeinsamer Richtlinien die Art und den Umfang der nach den Abs. 1 bis 3 erlaubten Werbung zu konkretisieren. Diese Richtlinien stellen normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften dar, welche somit auch für die Gerichte Bindungswirkung entfalten.⁶⁰⁷ Die Länder haben durch gemeinsamen Erlass der Werberichtlinie vom 7.12.2012 von dieser Befugnis Gebrauch gemacht. Dort heißt es unter § 11:

„Werbung für öffentliches Glücksspiel im Internet ist grundsätzlich verboten. Ausnahmeerlaubnisse für Werbung für Lotterien, Sport- und Pferdewetten können nach Maßgabe des § 14 in Verbindung mit §§ 3 bis 6 und 13 dieser Richtlinie erteilt werden.“

§§ 3-6, 13 der Werberichtlinie enthalten Regelungen zu Inhalt, Aufmachung und Zielrichtung der Werbung. So wird beispielsweise in § 4 geregelt, dass Glücksspielwerbung, welche suggeriert, dass Glücksspiel eine vernünftige Strategie sein könnte, um die finanzielle Situation des Spielers zu verbessern, verboten ist. § 13 sieht vor, dass bestimmte Warnhinweise in die Werbung zu integrieren sind. In § 14 wird dann das Verfahren zur Erlangung einer solchen Erlaubnis beschrieben. Zu beachten ist des Weiteren, dass unter denselben Voraussetzungen auch im Fernsehen für ein Sportwettenangebot im Internet geworben werden kann.⁶⁰⁸ Mit Inkrafttreten der Werberichtlinie Anfang des Jahres 2013 wurde der Fernsehwerbemarkt mit dieser Art der Werbung geradezu geflutet. Dies gilt insbesondere für die Ausstrahlung von Sportereignissen, bei denen sich diese Art der Glücksspielwerbung häuft. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass sowohl § 5 GlüStV selbst als auch die Werberichtlinie ausdrückliche Verbote enthalten, während der Ausstrahlung eines Sportereignisses für Wettmöglichkeiten bezogen auf dieses Ereignis zu werben. In der Richtlinie heißt es hierzu:

⁶⁰⁷ Vgl. Hecker/Ruttig, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 5 Rn. 77.

⁶⁰⁸ Vgl. § 8 der Werberichtlinie.

*„Werbung für Sportwetten im Fernsehen unmittelbar vor oder während der Live-Übertragung von Sportereignissen ist nicht zulässig, soweit gerade die Bewettung des konkreten Sportereignisses beworben werden soll. Unzulässig ist insbesondere Werbung für die Bewettung des konkreten Sportereignisses in der Spielzeitpause einer Live-Übertragung sowie als Werbeunterbrechungen im Rahmen der Live-Berichterstattung.“*⁶⁰⁹

Die Richtlinie verbietet zudem die Werbung für Sportwetten im Fernsehen und Internet mit aktiven Sportlern und Funktionären. Auch dieses Verbot wird wiederholt dadurch umgangen, dass die Unternehmen im Ausland ansässig sind und daher nicht der Aufsicht der deutschen Behörden unterworfen sind.⁶¹⁰ So warb der Marktführer im Bereich der Sportwetten einige Zeit lang mit prominenten Mitgliedern des Kaders des FC Bayern München.⁶¹¹

3. Sportwetten

In Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit kommt den Sportwetten eine tragende Rolle zu, da diese zum überwiegenden Teil im Internet abgeschlossen werden.⁶¹²

Die Sonderregelung für Sportwetten ist in § 21 enthalten und befasst sich vorwiegend mit den Veranstaltungsmodalitäten solcher Wetten. Bereits angesprochen wurde die Öffnung des Sportwettenmarktes durch die Vergabe von Konzessionen. Dies stellt gegenüber der Vor-

⁶⁰⁹ § 5 Nr. 2 Werberichtlinie.

⁶¹⁰ So wirbt etwa der Marktführer im Bereich der Sportwetten unter dem Titel „Der perfekte Spieler“ für sein Online-Spielforum mit einem Spot, in dem die aktiven FC-Bayern-München-Spieler Thomas Müller, Manuel Neuer, Arjen Robben und Holger Badstuber auftreten.

⁶¹¹ Kritisch hierzu – jedoch noch zur alten, strengeren Rechtslage – *Fritsch*, Bayerns falsche Wett-Offensive, abrufbar im Internet: <<http://www.zeit.de/sport/2012-05/bayern-muenchen-bwin-werbung>> (Stand: 13.06.2016).

⁶¹² Goldmedia (Hrsg.), Spieleinsätze im regulierten und unregulierten deutschen Wettmarkt im Jahr 2009, abrufbar im Internet: <<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/164943/umfrage/spieleinsaetze-im-wettmarkt-in-deutschland-im-jahr-2009/>> (Stand: 13.06.2016).

gängerregelung eine wesentliche Neuerung dar und soll der Kanalisierung der Wetttätigkeit auf legale Angebote dienen.⁶¹³ Gegenüber dem GlüStV2008 enthält die aktuelle Regelung überdies einige weitere Liberalisierungen. Es werden nunmehr sogenannte Live-Wetten sowie Halbzeitwetten zugelassen.

a) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der Regelungen zu Sportwetten ergibt sich aus § 3 Abs. 1 S. 4 GlüStV. Danach sind Sportwetten Wetten zu festen Quoten auf den Ausgang von Sportereignissen oder Abschnitten von Sportereignissen. Aus dem Anwendungsbereich herausgenommen sind demnach die sogenannten Totalisatorwetten, die ihre Regelung im RennwettLottG finden.

Totalisatorwetten sind Wetten, bei denen die Gewinnquote für den Eintritt eines bestimmten Ereignisses nicht fest vom Veranstalter vorgegeben wird, sondern sich aus den Einsätzen und Trefferquoten der Mitspieler bestimmt.⁶¹⁴ Die Spieler spielen somit gegeneinander, nicht gegen einen Buchmacher. Das Totalisatorprinzip liegt beispielsweise auch dem Lotto 6 aus 49 zugrunde.⁶¹⁵ Im Gegensatz dazu bestehen bei Sportwetten nach dem GlüStV für die einzelnen Wettereignisse feste Quoten. Die Höhe des Gewinns hängt somit neben dem eigenen Einsatz nicht von der Anzahl der Mitspieler oder der Höhe der anderen Einsätze ab, sondern lediglich von der zuvor festgelegten Quote.

§ 3 Abs. 1 S. 5 GlüStV klammert Pferdewetten von den sonstigen Sportwetten aus, ohne jedoch explizit dazu Stellung zu nehmen, ob Pferdewetten keine Sportwetten sind oder lediglich eine an anderer Stelle geregelte Spezialform der Sportwette.⁶¹⁶ Darüber hinaus enthält

⁶¹³ Vgl. *Hecker/Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 21 Rn. 6.

⁶¹⁴ Hierzu ausführlich: <www.sportwetten-welt.net/sportwetten_totalisator.htm> (Stand: 13.06.2016).

⁶¹⁵ Vgl. beispielsweise: <http://www.lotto-niedersachsen.de/s/managed_html/460/> (Stand: 13.06.2016).

⁶¹⁶ So wohl *Janz*, NJW 2003, 1694 (1695 ff.).

der Glücksspielstaatsvertrag jedoch keine nähere Bestimmung, welche Tätigkeiten als Sport zu klassifizieren und damit dem Anwendungsbereich der Norm zuzuordnen sind.

An dieser Stelle ist somit eine Auslegung des Begriffs durch die Behörden und Gerichte erforderlich. Eventuell kann hierbei die in einem völlig anderen Kontext durch den BFH erstellte Definition des Sports fruchtbar gemacht werden. Danach ist Sport eine Betätigung, die der körperlichen Ertüchtigung dient. Vorauszusetzen ist eine körperliche, über das ansonsten übliche Maß hinausgehende Aktivität, die durch äußerlich zu beobachtende Anstrengungen oder durch die einem persönlichen Können zurechenbare Kunstbewegung gekennzeichnet ist.⁶¹⁷ Es bleibt abzuwarten, nach welchen Kriterien die Gerichte im Zusammenhang mit den Regelungen des GlüStV zu Sportwetten die Bestimmung vornehmen werden, ob eine Betätigung als Sport zu qualifizieren ist. *Hecker/Ruttig* plädieren jedenfalls dafür, nur solche Aktivitäten als bewettbare Sportereignisse zuzulassen, die von der Rechtsprechung oder anerkannten europäischen Interessenverbänden als Sport bezeichnet werden.⁶¹⁸

b) Zulässige Wettmodalitäten

Durch § 21 werden lediglich bestimmte Ausprägungen der Sportwette zugelassen. Zunächst befasst sich § 21 Abs. 1 S. 1 mit der sogenannten Ergebniswette,⁶¹⁹ die als einzige genehmigungsfähig ist. Dies wird durch die Formulierung „auf den Ausgang von Sportereignissen oder Abschnitten von Sportereignissen“ zum Ausdruck gebracht.

Neu ist die Zulässigkeit von Wetten auf Zwischenergebnisse, wenn gleich der genaue Umfang von solchen Abschnittswetten sich aus dem Wortlaut nicht erschließen lässt. Sinnvoll erscheint es, lediglich planmäßige Spielabschnitte in den Anwendungsbereich zu nehmen, um durch Spielerverhalten herbeiführbare Abschnitte auszuschließen,

⁶¹⁷ Vgl. BFH-Urteil vom 17.02.2000 – I R 108, 109/98, BeckRS 2000, 25004590, in welchem der BFH entschied, dass Skat diese Voraussetzungen nicht erfüllt.

⁶¹⁸ *Hecker/Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 21 Rn. 17.

⁶¹⁹ *Hecker/Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 21 Rn. 22.

die freilich Tür und Tor für Manipulationen öffnen würden.⁶²⁰ So schlagen *Hecker/Ruttig* die folgenden Kriterien vor:

- Spielabschnitte müssen nach den Spielregeln unabhängig von akzidentiellen Ereignissen vorgesehen sein,
- sie dürfen nicht von den Spielteilnehmern willkürlich herbeigeführt werden können und
- die Spielstände dieser Abschnitte müssen üblicherweise Gegenstand der Berichterstattung zu dem Sportereignis sein.⁶²¹

Demnach wären etwa Wetten auf Halbzeitergebnisse beim Fußball oder Viertelergebnisse beim Basketball zulässig. Auch das Wetten auf den Ausgang einzelner Sätze beim Tennis oder einzelner Löcher beim Golf wären erlaubt, denn der Spieler kann das Ende der Halbzeit oder eines Satzes nicht willkürlich herbeiführen. Sie hängen von festen Regeln des Sportes ab und sind nicht von plötzlichen Ereignissen abhängig, wie dem Erteilen einer Verwarnung durch den Schiedsrichter oder Ähnlichem.

Dem Wortlaut folgend sind Wetten auf andere Ereignisse im Rahmen eines Sportereignisses nicht genehmigungsfähig. Solche sogenannten Ereigniswetten sind Wetten auf Ereignisse innerhalb des Spielgeschehens, die jedoch nicht das Endergebnis darstellen.⁶²² Beispiele aus der Welt des Fußballs sind etwa die Anzahl der vom Schiedsrichter vergebenen gelben Karten oder Spielerauswechselungen sowie Wetten darauf, welche Mannschaft als Erstes ein Tor erzielt. Solche Ereigniswetten sind – trotz der Unzulässigkeit nach dem GlüStV – gerade im Internet sehr beliebt und werden häufig von internationalen Wettanbietern angeboten.⁶²³

Ebenfalls nach dem GlüStV wohl unzulässig – wenngleich sich die Unzulässigkeit nicht unmittelbar aus dem Wortlaut von § 21 Abs. 1 S. 1

⁶²⁰ Vgl. Begründung zu § 21 Abs. 1, LT-Drs. Bayern 16/11995, S. 30.

⁶²¹ *Hecker/Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 21 Rn. 28.

⁶²² Vgl. § 21 Abs. 4 S. 3 GlüStV.

⁶²³ So bietet der Marktführer *bwin* beispielsweise zu Fußballspielen unter anderem Wetten auf folgende Ereignisse an: 1. Ereignis, Tore pro Halbzeit, Tor-Zeitpunkt, Anstoß, Torschützen, Elfmeter, letztes Ereignis.

ergibt – sind sogenannte Handicapwetten.⁶²⁴ Handicapwetten sind Wetten, bei denen einer Mannschaft oder einem Spieler, der als unterlegen gilt, ein Vorsprung gewährt wird, der zu dem eigentlichen Endergebnis hinzugerechnet wird.⁶²⁵ Spielt beispielsweise der FC Bayern München gegen Bayer 04 Leverkusen und erhält München ein Handicap von 0:2, werden auf das Endergebnis 2 Tore für Leverkusen hinzugerechnet. Gewinnt nun Bayern München mit einem Ergebnis von 1:0, ist das Ergebnis nach Handicap 1:2. Wer auf Leverkusen als Sieger gewettet hat, gewinnt. Die Unzulässigkeit solcher Wetten nach dem GlüStV wird damit begründet, dass nicht auf den *tatsächlichen* Ausgang gewettet wird.⁶²⁶ Da dennoch der Ausgang für die Wette entscheidend ist und die Manipulation lediglich die Quoten variiert, könnte an der Unzulässigkeit jedoch durchaus gezweifelt werden. Zumindest ist der Wortlaut in dieser Hinsicht nicht eindeutig.

Der Wortlaut von § 21 Abs. 1 S. 1 GlüStV gibt bereits vor, dass auf Spielergebnisse sowohl Einzel- als auch Kombinationswetten zugelassen werden können. Kombinationswetten setzen sich aus mehreren Einzelwetten derart zusammen, dass ein Gewinn lediglich dann anfällt, wenn sämtliche Einzelwetten erfolgreich sind.⁶²⁷ Die Attraktivität dieser Wetten folgt aus Spielersicht aus den gegenüber Einzelwetten deutlich höheren Quoten. Die Quoten der Einzelwetten werden jeweils miteinander multipliziert, sodass – im Erfolgsfalle – ein wesentlich höherer Gewinn erzielt werden kann.⁶²⁸

⁶²⁴ Vgl. VG Berlin, Beschluss vom 5.05.2008 – 35 A 108/08, NVwZ 2008, 1255; OVG Magdeburg, Urteil vom 17.02.2010 – 3 L 6/08, ZfWG 2010, 277; OVG Hamburg, Beschluss vom 9.03.2007 – 1 Bs 378/06, ZUM 2007, 502.

⁶²⁵ Siehe Wetten ABC-Glossar, abrufbar im Internet: <<http://www.sportwetteninfo.at/wetten-abc-glossar-lexikon/#H>> (Stand: 13.06.2016).

⁶²⁶ So Hecker/Ruttig, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 21 Rn. 23.

⁶²⁷ Siehe Wetten ABC-Glossar, abrufbar im Internet: <<http://www.sportwetteninfo.at/wetten-abc-glossar-lexikon/#K>> (Stand: 13.06.2016).

⁶²⁸ Vgl. die Erläuterungen des Marktführers *bwin*, abrufbar im Internet: <<https://help.bwin.com/de/sports-help/sports-betting/bet-types/multi-bets>> (Stand: 13.06.2016).

c) Trennungsgebot

§ 21 Abs. 3 GlüStV legt fest, dass die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten sowohl organisatorisch, rechtlich, wirtschaftlich als auch personell von den sportlichen Ereignissen selbst getrennt sein muss. Dieses strikte und umfassende Trennungsprinzip soll in erster Linie Manipulationen vorbeugen, die dadurch entstehen, dass aufgrund von Wetteinsätzen Einfluss auf das Spiel genommen wird.⁶²⁹ Hierin ist eine Ausprägung des eingangs angesprochenen Regelungszieles des Schutzes der Integrität des sportlichen Wettbewerbes (§ 1 Nr. 5 GlüStV) zu erkennen. Darüber hinaus soll aber auch verhindert werden, dass Teilnehmer des Sports zum Wetten verleitet werden.⁶³⁰

d) Live-Wetten-Restriktionen

§ 21 Abs. 4 S. 2 GlüStV bestätigt das bereits im GlüStV2008 enthaltene grundsätzliche Verbot von Live-Wetten, also Wetten während des laufenden Sportereignisses. Dieses prinzipielle Verbot wird jedoch durch den neu eingefügten S. 3 aufgelockert. Dort heißt es:

„Davon abweichend können Sportwetten, die Wetten auf das Endergebnis sind, während des laufenden Sportereignisses zugelassen werden (Endergebniswetten); Wetten auf einzelne Vorgänge während des Sportereignisses (Ereigniswetten) sind ausgeschlossen.“

4. Lotterien

Der gesamte dritte Abschnitt und § 22 GlüStV befassen sich ausschließlich mit dem Glücksspielphänomen der Lotterie und deren Zulässigkeitsvoraussetzungen. Hierbei existieren verschiedene Formen

⁶²⁹ Hecker/Ruttig, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 12 Rn. 44.

⁶³⁰ Vgl. BVerwG Urteil vom 24.11.2010 – 8 C 13.09, ZfWG 2011, 96 (106).

der Lotterie, welche etwa nach der Regelmäßigkeit der Jackpotziehung und der Höhe der Gewinnsumme unterschieden werden können. Darüber hinaus bestehen auch unterschiedliche Spielmodi.

Die älteste in Deutschland noch angebotene Spielvariante ist die Lotterie 6 aus 49, bei der aus den Zahlen 1 bis 49 zweimal wöchentlich sechs gezogen werden. Zusätzlich wird eine Superzahl aus den Ziffern 0 bis 9 gezogen. Der Jackpot wird an Personen ausgezahlt, die auf diese Kombination aus 6 + 1 getippt haben. Daneben werden noch Eurojackpot, Spiel77, Super6, die Glücksspirale und Keno von den staatlichen Lotteriegesellschaften angeboten.⁶³¹ Des Weiteren bestehen noch diverse sogenannte Klassenlotterien, die als Anstalt öffentlichen Rechts geführt werden.⁶³²

Der dritte Abschnitt ist mit dem Titel „*Lotterien mit geringem Gefährdungspotential*“ überschrieben, womit der Staatsvertragsgeber die Überzeugung zum Ausdruck bringt, dass Lotterien gegenüber den in den vorigen Abschnitten bezeichneten Glücksspielen ein geringeres Gefährdungspotenzial aufweisen.⁶³³ Angesichts der immensen Teilnehmerzahlen an den staatlich veranstalteten Lotterien, welche in keiner Relation zu der extrem niedrigen Gewinnwahrscheinlichkeit stehen,⁶³⁴ ließe sich unter Umständen daran zweifeln, ob diese Spielform weniger von dem suchtgeprägten Verhalten ihrer Spieler lebt.⁶³⁵ Allerdings deckt sich die Einordnung des Gesetzgebers mit den an einer früheren Stelle dieser Arbeit erfolgten Ausführungen zu den Suchtfaktoren.⁶³⁶

⁶³¹ Für eine Übersicht der Erscheinungsformen vgl. etwa *Ohlmann*, WRP 1998, 1043 (1043 ff.).

⁶³² Zu den Regeln und den unterschiedlichen Spielvarianten vgl. die Webseiten der staatlichen Lotteriegesellschaften, abrufbar im Internet: <<http://www.lotto.de/de/informationen/lotto-6aus49/spielregeln.html>>, Nordwestdeutschen Klassenlotterie: <http://www.nkl.de/nkl_static_content/html/index.html>, Süddeutschen Klassenlotterie: <http://www.skl.de/fwd?to=1_home.jsp>. (Stand: 13.06.2016).

⁶³³ Vgl. *Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 12 Rn. 4.

⁶³⁴ Die Wahrscheinlichkeit eines Jackpotgewinns in der „6 aus 49“-Lotterie des Staates beträgt 1:139.838.160. Die Wahrscheinlichkeit, überhaupt keinen Gewinn zu erzielen, liegt hingegen bei 98,1 %. Die Gewinnwahrscheinlichkeiten sind auf der Internetseite www.lotto.de für die einzelnen Spielvarianten aufgeschlüsselt einsehbar.

⁶³⁵ So stellte auch der EuGH in einem Urteil bereits im Jahre 1994 fest, dass solche Lotterien ihre Teilnehmer zu Ausgaben verleiten, „*die schädliche persönliche und soziale Folgen haben können*“, EuGH, Urteil vom 24.03.1994 – Rs. C-275/92 (H.M. Customs and Excise / Schindler), Slg. 1994, I-01039, Rn. 60.

⁶³⁶ Vgl. oben Abschnitt C I.

Die §§ 12 ff. GlüStV enthalten die Bedingungen, unter denen eine Erlaubnis für eine Lotterie mit geringerem Gefährdungspotenzial erteilt werden darf. § 18 enthält gewisse Lockerungen für die sogenannten kleinen Lotterien. Schließlich regelt § 22 einige Besonderheiten bei den Lotterien mit regelmäßigem Jackpot, zu denen die diversen staatlich angebotenen Lotterien, insbesondere auch die „6 aus 49“-Lottoziehung, gehören.

Die Erlaubniserteilung setzt, wie bereits die allgemeine Bestimmung in § 4 klarstellt, voraus, dass keine Versagungsgründe vorliegen. § 13 statuiert für die Lotterien mit geringerem Gefährdungspotenzial eigene Versagungsgründe, die – ausweislich des Wortlautes von § 13 Abs. 1 – ergänzend und konkretisierend zu denjenigen aus § 4 sind.⁶³⁷ § 13 enthält zwei Konkretisierungen der Versagungsgründe aus § 4. Die erste befasst sich mit dem Bedarf an Lotterien zur Erreichung der Kanalisierungsfunktion des § 1.⁶³⁸ Die zweite Konkretisierung befasst sich mit der Art und Weise der Veranstaltung der Lotterie. Insbesondere wird in Absatz 2 geregelt, dass die Bekanntgabe der Ziehungen höchstens zweimal wöchentlich erfolgen darf und dass der Höchstgewinn die Summe von 2 Mio. Euro nicht übersteigend darf.

Die §§ 12 ff. enthalten weitere Bestimmungen zur Zulässigkeit von Lotterien mit geringerem Gefährdungspotenzial. So darf mit der Veranstaltung der Lotterie kein wirtschaftlicher Zweck verfolgt werden, der über denjenigen des Werbeeffektes hinausgeht (§ 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 3). Auch müssen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeschlossen sein (§ 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 4). Diese Bestimmung dient als Generalklausel und Auffangnorm, um auch solchen Gefahren Rechnung zu tragen, die nicht zum Anwendungsbereich des Staatsvertrages gehören.⁶³⁹

Die §§ 14 bis 17 enthalten Anforderungen an den Veranstalter sowie an den Ablauf der eigentlichen Lotterie und der Verwendung des Ertrages. Sie stellen vor allem die Förderung eines gemeinnützigen

⁶³⁷ Vgl. *Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 13 Rn. 11, wobei anzumerken ist, dass die großen staatlichen Lotterien den zusätzlichen Anforderungen des § 22 unterliegen, wodurch zum Ausdruck kommt, dass auch der Gesetzgeber bei den Jackpotlotterien von einer im Vergleich zu kleinen Lotterien gesteigerten Gefahr ausgeht.

⁶³⁸ Vgl. *Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 13 Rn. 13.

⁶³⁹ Vgl. *Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 12 Rn. 16.

Zwecks sicher.⁶⁴⁰ Darüber hinaus darf der Veranstalter nicht unzuverlässig sein. § 18 befasst sich ausschließlich mit der Definition einer kleinen Lotterie und gewährt für diese den Ländern die Möglichkeit, von den gesamten Regeln des Staatsvertrages Abweichungen zuzulassen. Nach dieser Vorschrift sind kleine Lotterien solche, bei denen die Summe der zu entrichtenden Entgelte den Betrag von 40.000 Euro nicht übersteigt, der Reinertrag ausschließlich und unmittelbar für gemeinnützige, kirchliche oder mildtätige Zwecke verwandt wird und der Reinertrag und die Gewinnsumme jeweils mindestens 25 % der Entgelte betragen. Von der Möglichkeit der Abweichung für diese Lotterien machen fast alle Bundesländer Gebrauch.⁶⁴¹

In § 22 ist eine Sonderregelung für Lotterien mit planmäßigem Jackpot enthalten, da Lotterien dieser Art nicht zu den weniger gefährlichen Lotterien des dritten Abschnitts gehören⁶⁴² und somit einer strengeren Regelung bedürfen. Der durch hohe Jackpots und häufig wiederholte Ziehungen entstehenden höheren Anlockwirkung und damit einhergehenden höheren Gefährlichkeit⁶⁴³ soll durch zweierlei Begrenzungen begegnet werden: Es wird eine obligatorische Höchstgewinnsumme sowie eine Beschränkung der Anzahl der Ziehungen pro Woche geregelt. Die Begrenzung der Gewinnhöhe wird durch die jeweiligen Genehmigungsbehörden festgelegt.⁶⁴⁴ Die Ziehungen sind bereits gesetzlich auf zwei pro Woche begrenzt.

5. Zusammenfassung

In diesem Abschnitt wurden insbesondere die im Rahmen der Neuen Medien und des Internets relevanten Regelungen des neuen Glücksspielstaatsvertrages ausführlich erläutert. Zusammenfassend lässt sich hierzu feststellen, dass der neue GlüStV in verschiedenen Bereichen eine nicht unerhebliche Lockerung des Glücksspielmonopols

⁶⁴⁰ Vgl. *Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 14 Rn. 2.

⁶⁴¹ Vgl. *Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 18 Rn. 4 ff.

⁶⁴² Vgl. *Diegmann*, ZRP 2007, 126 (127).

⁶⁴³ *Becker u.a.*, ZfWG 2008, 1 (4).

⁶⁴⁴ *Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 22 Rn. 6.

herbeigeführt hat. Für diese Arbeit sind dabei insbesondere die Veränderungen im Rahmen der Sportwetten von Interesse, da diese – wie bereits gezeigt – besonders häufig im Internet angeboten und wahrgenommen werden. Durch die Möglichkeit der Konzessionierung herrscht in diesem Bereich – sofern das zurzeit gestoppte Konzessionsverfahren wieder aufgenommen wird⁶⁴⁵ – nunmehr kein wirkliches staatliches Monopol, wenngleich sich der Staat durch die eigens durchgeführte Konzessionierung einen erheblichen Einfluss gesichert hat. Auch die Einführung von Zwischenergebniswetten sowie die Möglichkeit von Live-Wetten haben zu einer deutlichen Lockerung in diesem Bereich geführt. Dennoch lässt sich anhand der aufgezeigten Praktiken ausländischer Anbieter die noch immer vorherrschende restriktive Handhabung im Vergleich zu anderen Staaten deutlich erkennen.

⁶⁴⁵ Vgl. Hierzu jüngst VGH Kassel, Urteil vom 16.10.2015 – 8 B 1028/15, NVwZ 2016, 171; VG Wiesbaden, Beschluss vom 05.05.2015 - 5 L 1453/14, VPRRS 2015, 0247.

F. Abgrenzung des Glücksspiels von weiteren „Spielarten“

Wurde im Vorangegangenen aufgezeigt, wie sich das Glücksspiel vom Geschicklichkeits- bzw. Unterhaltungsspiel unterscheidet, so sollen an dieser Stelle die Unterschiede zu einigen weiteren „Spielarten“ herausgestellt werden. Im Anschluss soll anhand einiger konkreter Online-Glücksspiele untersucht werden, inwiefern die soeben dargestellten Rechtsgrundlagen ausreichen, um eine effektive Regelung auch im Bereich der Online-Glücksspiele zu gewährleisten.

I. Abgrenzung zur Wette

Bereits das Reichsgericht grenzte die Wette vom Glücksspiel anhand des zugrunde liegenden Vertragszweckes ab.⁶⁴⁶ Bei der Wette stehe demnach die Austragung eines ernsthaften Meinungsstreites im Vordergrund. Die Leistung, zu welcher sich der in diesem Meinungsstreit Unterlegene verpflichtet, habe nur einen symbolischen Wert. Der Gewinn sei nämlich *„nicht Selbstzweck, sondern nur ein äußeres Zeichen“*, um kenntlich zu machen, welche Partei den Meinungsstreit für sich entscheiden konnte.⁶⁴⁷ Anknüpfungspunkt der Abgrenzung ist somit der subjektive, mit dem Spiel verfolgte Zweck. Hierbei ist eine gewisse Parallele zum Unterhaltungsspiel erkennbar. Auch im Rahmen der Abgrenzung von Glücksspiel und Unterhaltungsspiel wurde oben ausgeführt, dass bei Letzterem der Zweck, für den das Entgelt geleistet wird, nicht in der Erlangung eines Vermögensvorteils, sondern in dem reinen Spielvergnügen liegt. Entscheidend für die Abgrenzung ist beim Unterhaltungsspiel jedoch nicht die subjektive Entscheidung darüber, dass der Gewinn nicht im Vordergrund steht, sondern vielmehr die Tatsache, dass bei einem Unterhaltungsspiel tatsächlich kein bzw.

⁶⁴⁶ RGSt 6, 172 (175), „Vertragswillen“.

⁶⁴⁷ RGSt 6, 172 (175); RGSt 6, 421 (425); *Temming*, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 284 Rn. 8.

kein erheblicher Gewinn erzielt werden kann.⁶⁴⁸ Demgegenüber erfolgt die Abgrenzung zur Wette ohne eine solche objektive Komponente, auch wenn etwa *Wohlers/Gaede* anmerken, dass die Erheblichkeit des Gewinns ein Indiz dafür darstellen kann, dass doch die Gewinnabsicht im Vordergrund stehe.⁶⁴⁹

Diese auf den inneren Beweggründen der Teilnehmer basierende Unterscheidung stieß in der Literatur jedoch zum Teil auf Kritik.⁶⁵⁰ Vollständig abgelehnt wird diese von der h.M. aufgegriffene Abgrenzung in jüngster Zeit jedoch nur noch von *Hoyer*, welcher es als nicht nachvollziehbar empfindet, „weshalb ein Interesse am Rechtbehalten (Wette) gegenüber bloßer Bereicherungsabsicht (Spiele) zu einer Schutzeinbuße für das jeweils eingesetzte Vermögen führen sollte“.⁶⁵¹

Gemeint ist hierbei der strafrechtliche Schutz des Vermögens, der bei der Einordnung eines Sachverhaltes als reine Wette nicht gegeben ist.⁶⁵² *Hoyer* plädiert deshalb für eine Abgrenzung nach dem Grad der abstrakten Vermögensgefährlichkeit. Liegt demnach das streitige Ereignis in der Vergangenheit oder ist es durch Kausalgesetze zwingend vorgezeichnet, so handelt es sich um eine vergleichsweise ungefährliche Wette. Unterliegt das gewinnauslösende Ereignis hingegen noch dem Einfluss von Teilnehmern, so besteht zumindest die theoretische Gefahr einer Manipulation und somit eine höhere Vermögensgefährlichkeit, sodass ein Spiel vorliegt.⁶⁵³ In Ansätzen findet sich diese Abgrenzung auch im Zivilrecht wieder, wo im Rahmen des § 762 BGB Behauptungen bezüglich zukünftiger Tatsachen oder Ereignisse als Indiz für das Vorliegen eines Spiels und nicht einer Wette gelten.⁶⁵⁴

Für die herrschende Meinung und die subjektive Auslegung sprechen jedoch bereits der allgemeine Sprachgebrauch sowie die Tatsache, dass diese Abgrenzung bereits seit Jahrzehnten den praktischen Bedürfnissen gerecht geworden ist.⁶⁵⁵ *Volk* sieht in der Abgrenzung nach

⁶⁴⁸ Vgl. *Krehl*, in: Leipziger Kommentar, § 284 Rn. 12; *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 284 Rn. 7.

⁶⁴⁹ *Wohlers/Gaede*, in: NK, § 284 Rn. 14.

⁶⁵⁰ *Stenglein*, ZStW 1883, 111 (133 ff.); *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 42 f.

⁶⁵¹ *Hoyer*, in: SK, § 284 Rn. 16 f.

⁶⁵² Vgl. *Fischer*, § 284 Rn. 9.

⁶⁵³ *Hoyer*, in: SK, § 284 Rn. 16 f.

⁶⁵⁴ Vgl. *Schreiber*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 762 Rn. 8; *Janoschek*, in: Bamberger/Roth, § 762 Rn. 4.

⁶⁵⁵ *Krehl*, in: Leipziger Kommentar, § 284 Rn. 3.

dem Grad der abstrakten Vermögensgefährlichkeit überdies eine Gefahr für die Rechtssicherheit,⁶⁵⁶ wobei aus ihren Ausführungen nicht ersichtlich wird, warum hierdurch eine größere Rechtsunsicherheit entstehen soll als durch die kaum dem Beweis zugänglichen subjektiven Beweggründe, welche die h.M. zur Abgrenzung heranzieht. Auch *Mintas* kritisiert die herrschende Meinung wegen ihrer „dogmatischen Unklarheiten“.⁶⁵⁷ Im Ergebnis folgt jedoch auch sie der subjektiven Auslegung, fordert für die Annahme einer Wette aber unter Berufung auf die Systematik des Glücksspielrechtes das zusätzliche Kriterium des unbedeutenden Vermögenswertes.⁶⁵⁸ Das systematische Erfordernis einer Unbeträchtlichkeit des Vermögenswertes macht *Mintas* hierbei an einem Vergleich zwischen Wette und Unterhaltungsspiel fest. Hierbei sollte jedoch nicht unterschlagen werden, dass die Wette gerade nicht zu den Spielen gehört.⁶⁵⁹ Mithin kann davon ausgegangen werden, dass Glücksspiel, Unterhaltungsspiel und Geschicklichkeitsspiel gegenüber der Wette einen größeren gemeinsamen Nenner miteinander haben,⁶⁶⁰ sodass ein solcher artenübergreifender Vergleich einer gewissen Vorsicht bedarf. Auch ohne die Unbeträchtlichkeit des Vermögenswertes zur Voraussetzung der Wette zu machen, hat dieses Merkmal – wie oben aufgezeigt – jedenfalls als Indiz bereits Einzug in die Abgrenzung von Wette und Glücksspiel erhalten.⁶⁶¹ Insofern kann die Belastbarkeit von *Mintas'* systematischer Argumentation an dieser Stelle dahinstehen.

Aufgrund der in der Praxis verwandten unglücklichen Terminologie sei abschließend zur Klarstellung auch darauf hingewiesen, dass die Bezeichnung als „Rennwette“ oder „Sportwette“ kein Indiz für die rechtliche Einordnung ist.⁶⁶² Zum Teil handelt es sich hierbei um Lotterien im Sinne des § 287 StGB,⁶⁶³ welche im direkten Anschluss thematisiert

⁶⁵⁶ Volk, Glücksspiel im Internet, S. 32.

⁶⁵⁷ *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 43.

⁶⁵⁸ *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 43.

⁶⁵⁹ Vgl. Hoyer, in: SK, § 284 Rn. 15; Engel, in: Staudinger, § 762 Rn. 2.

⁶⁶⁰ Vgl. Hoyer, in: SK, § 284 Rn. 15, der diesen gemeinsamen Nenner jedenfalls bei Glücks- und Geschicklichkeitsspiel erkennt.

⁶⁶¹ Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 14.

⁶⁶² Weber, in: Pfister, S. 41.

⁶⁶³ Krehl, in: Leipziger Kommentar, § 287 Rn. 5; widersprüchlich zur Einordnung des Toto im Rahmen des GlüStV äußern sich innerhalb desselben Kommentares Dietlein/Hüsken bzw. Hecker/Ruttig: Erstere sehen aufgrund der Regelung des § 21

werden sollen. Bei den beliebten Sportwetten mit festen Gewinnquoten (Oddset-Wetten) handelt es sich allerdings beispielsweise um Glücksspiele im Sinne des § 284 Abs. 1 StGB.⁶⁶⁴

GlüStV keine Möglichkeit (mehr), das Toto unter den Begriff der Lotterie zu subsumieren, während Letztere das Toto eben dieser Kategorie zuordnen wollen, vgl. Dietlein/Hecker/Ruttig, § 3 GlüStV Rn. 11 bzw. § 21 GlüStV Rn. 11.

⁶⁶⁴ Vgl. *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 23 ff., 300.

II. Abgrenzung zu Lotterie und Ausspielung

Bei der Lotterie und der Ausspielung handelt es sich ebenfalls um Glücksspiele,⁶⁶⁵ was außerhalb des Strafrechts auch der GlüStV in § 3 Abs. 3 S.1 klarstellt. Da diese Ausprägungen mit dem im Rahmen der verschiedenen Regelungsbereiche bereits angesprochenen § 287 StGB jedoch eine eigenständige Regelung erfahren haben, wird zur besseren Abgrenzung von den § 284 StGB unterfallenden Sachverhalten zum Teil auch von Glücksspielen im weiteren Sinne gesprochen.⁶⁶⁶ Diese gesetzliche Sonderstellung der Lotterien und Ausspielungen innerhalb der Glücksspielmaterie ist auf die bereits oben dargelegte Sonderrolle zurückzuführen, die diesen historisch als Mittel zur Staatsfinanzierung (durch Monopolisierung des Lotteriewesens) zukam.⁶⁶⁷

Lotterien und Ausspielungen werden im Strafrecht definiert als Veranstaltungen, bei denen einem größeren Personenkreis⁶⁶⁸ die Möglichkeit eröffnet wird, gegen einen bestimmten Einsatz und nach einem bestimmten Plan ein vom Zufall abhängiges Recht auf einen Gewinn zu erwerben.⁶⁶⁹ Auch die Begriffsbestimmung des GlüStV ist an diese strafrechtliche Dogmatik angelehnt.⁶⁷⁰ Von den Glücksspielen im engeren Sinne unterscheiden sich die Lotterie und die Ausspielung somit insbesondere dadurch, dass dem Glücksspiel im engeren Sinne Spielregeln zugrunde liegen, den Lotterien und Ausspielungen hingegen ein bestimmter Plan – der Spielplan.⁶⁷¹ Dieser Spielplan ist im Vergleich zu Spielregeln umfassender, da der Veranstalter hierin den Spielbetrieb im Allgemeinen und die Bedingungen der Teilnahme im

⁶⁶⁵ BGHSt 34, 171 (176); *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 284 Rn. 4.

⁶⁶⁶ RGSt 64, 219 (219); *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 68; *Krehl*, in: Leipziger Kommentar, § 284 Rn. 4; BGHSt 34, 171 (178).

⁶⁶⁷ *Klam*, Die rechtliche Problematik von Glücksspielen im Internet, S. 107; *Lukes*, in: FS Stree/Wessels, 1013 (1015); vgl. auch oben zum historischen Teil Abschnitt B I.

⁶⁶⁸ RGSt 1, 414 (414 f.).

⁶⁶⁹ *Wohlers/Gaede*, in: NK, § 287 Rn. 2; RGSt 7, 161 (166); RGSt 60, 385 (386 f.); BVerwGE 4, 294 (296); OLG Braunschweig, Urteil vom 10.09.1954 – Ss 128/54, NJW 1954, 1777 (1778).

⁶⁷⁰ *Dietlein/Hüsken*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 3 GlüStV Rn. 10.

⁶⁷¹ *Klenk*, GA 1976, 361 (363).

Besonderen regeln muss,⁶⁷² wobei nicht zwingend erforderlich ist, dass ausnahmslos alle Einzelheiten im Spielplan geregelt werden.⁶⁷³ Die zentralen Vorgaben erfolgen folglich einseitig durch den Veranstalter.⁶⁷⁴ Anders als bei einem Glücksspiel im engeren Sinne kann der Teilnehmer somit nicht durch ein freies Setzen oder je nach Spielform gar durch ein Erhöhen seines Einsatzes selbst die Einsatzhöhe bestimmen. Hiervon abzugrenzen ist die Tatsache, dass es auch Teilnehmern einer Lotterie ggf. möglich ist, mehrfach teilzunehmen. Die Abgabe mehrerer Tipps auf einem Lottoschein etwa führt dann zwar zu höheren Gesamtkosten für den Teilnehmer, es ändert jedoch nichts an den vom Veranstalter festgelegten Kosten pro Tipp.⁶⁷⁵ Innerhalb dieser Kriterien unterscheidet sich die Lotterie von der Ausspielung dadurch, dass Lotterien den Gewinn von Geld ermöglichen (vgl. auch § 3 Abs. 3 S. 1 GlüStV), wohingegen bei Ausspielungen bewegliche oder unbewegliche Sachen (vgl. § 287 Abs. 1 StGB) den Gewinn darstellen.⁶⁷⁶ Umstritten ist jedenfalls im Rahmen des Strafrechts in diesem Zusammenhang die Einordnung von geldwerten Vorteilen als Sache. Zum Teil werden geldwerte Vorteile wie etwa Reisen und Kuraufenthalte als Sache und somit als zulässige Ausspielungsgewinne eingeordnet.⁶⁷⁷ Andere Autoren sehen hierin eine Überschreitung der Wortlautgrenze des § 287 StGB,⁶⁷⁸ da es sich nicht um bewegliche oder unbewegliche Sachen i.S.d. § 90 BGB, also körperliche Gegenstände handelt.⁶⁷⁹ Auch die Vertreter, welche die Überschreitung der Wortlautgrenze anmahnen, müssen jedoch zum Teil anmerken, dass es für einen umfassenden strafrechtlichen Schutz abträglich ist, dass nur Veranstaltungen pönalisiert werden, bei denen Geld und Sachen gewonnen werden können.⁶⁸⁰ Im Rahmen des GlüStV kann

⁶⁷² Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 3 GlüStV Rn. 11; Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 287 Rn. 3.

⁶⁷³ Wohlers/Gaede, in: NK, § 287 Rn. 3; Hohmann, in: MüKo, § 287 Rn. 9. Jedenfalls muss aber die Höhe des Spieleinsatzes verbindlich bestimmt sein, vgl. Hoyer, in: SK, § 287 Rn. 4.

⁶⁷⁴ Temming, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 287 Rn. 4.

⁶⁷⁵ Vgl. Mintas, Glücksspiele im Internet, S. 69.

⁶⁷⁶ RGSt 3, 123 (124).

⁶⁷⁷ Temming, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 287 Rn. 5; Heger, in: Lackner/Kühl, § 287 Rn. 4; Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 287 Rn. 2.

⁶⁷⁸ Wohlers/Gaede, in: NK, § 287 Rn. 2; Krehl, in: Leipziger Kommentar, § 287 Rn. 9.

⁶⁷⁹ Vgl. Stresemann, in: MüKo BGB, § 90 Rn. 1.

⁶⁸⁰ Krehl, in: Leipziger Kommentar, § 287 Rn. 9.

dieser Streit dahinstehen, da § 3 Abs. 3 S. 2 statuiert, dass bei einer Ausspielung Sachen oder andere geldwerte Vorteile gewonnen werden können.

III. Abgrenzung zur berechtigten wirtschaftlichen Interessen dienenden Vereinbarung und zu Kapitalmarktprodukten

An dieser Stelle soll auf die Vereinbarungen eingegangen werden, die gemeinhin unter der Überschrift „berechtigten wirtschaftlichen Interessen dienend“ zusammengefasst werden.⁶⁸¹ In der Literatur werden hierunter insbesondere verschiedene Arten von Versicherungen erfasst, die an den Eintritt zukünftiger Ereignisse anknüpfen und zum Teil die konstitutiven Voraussetzungen des Glücksspielbegriffes erfüllen. Beliebtes Literaturbeispiel ist in diesem Zusammenhang etwa die Risikolebensversicherung.⁶⁸² Solche Versicherungsverträge gehören bereits nicht zu den Spielgeschäften,⁶⁸³ sodass diesbezüglich eine teleologische Reduktion des Glücksspielbegriffes anerkannt ist.⁶⁸⁴ Dies deckt sich bereits mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts, die sich auf den allgemeinen Sprachgebrauch stützte, um das Spiel als eine Tätigkeit zu definieren, die weder ethische noch wirtschaftliche Zwecke verfolge.⁶⁸⁵ Konsequenterweise unterfällt diese Art von Verträgen auch nicht dem § 762 BGB.⁶⁸⁶ Ein weiteres großes Segment, welches in diesem Zusammenhang thematisiert wird, bilden Kapitalmarktprodukte. Ihnen soll im Folgenden eine größere Aufmerksamkeit zuteil werden.

⁶⁸¹ Vgl. *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, § 284 Rn. 8.

⁶⁸² *Wohlers/Gaede*, in: *NK*, § 284 Rn. 14.

⁶⁸³ *Krehl*, in: *Leipziger Kommentar*, § 284 Rn. 6.

⁶⁸⁴ *Hohmann*, in: *MüKo*, § 284 Rn. 13; *Heine/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, § 284 Rn. 11; vgl. *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, § 284 Rn. 8.

⁶⁸⁵ RGSt 40, 21 (32 f.).

⁶⁸⁶ einh. M.: *Habersack*, in: *MüKo BGB*, § 763 Rn. 9; *Stadler*, in: *Jauernig*, § 762 Rn. 2.

1. Finanzderivate und Spekulationsinvestitionen als unerlaubtes Glücksspiel

Das in Zeiten globaler Wirtschaftskrisen oft bemühte Klischee des „Börsenzockers“ legt bereits nahe, dass die Grenzen zwischen Handel mit Derivaten und dem Einsatz am Roulettetisch jedenfalls in den Augen von Teilen der Bevölkerung fließend sind. Auch in Literatur und Rechtsprechung wird immer wieder über die Frage diskutiert, ob nicht bestimmte Finanzprodukte den Glücksspielen zuzuordnen seien, da auch diese häufig einen von einem ungewissen zukünftigen Ereignis abhängigen Gewinn an die Investoren ausschütten.⁶⁸⁷ Eine Einordnung dieser Finanzprodukte als Glücksspiele könnte Auswirkungen sowohl in Bezug auf ihre Zulässigkeit als auch auf die von den Anbietern zu erfüllenden Pflichten mit sich bringen. Eine ausführlichere Auseinandersetzung an dieser Stelle erscheint auch aufgrund zweier Parallelen zum Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit angebracht. Zum einen besteht eine ähnliche Gefahrenlage, da wie bei den „klassischen“ Glücksspielen auch der Zugang zu spekulativen Börsengeschäften durch das Medium Internet eine erhebliche Erleichterung und immense Verbreitung erfahren hat.⁶⁸⁸ Zum anderen soll die Auseinandersetzung mit bestimmten Formen von Finanzprodukten an dieser Stelle inhaltliche Berührungspunkte aufzeigen, welche beispielsweise mit dem im weiteren Verlauf thematisierten Online-Managerspiel bestehen. Die Finanzprodukte sollen somit auch als Einstieg und Vergleichsmöglichkeit für die sich anschließende Untersuchung der vorhandenen Online-Spielvarianten dienen.

⁶⁸⁷ Vgl. beispielsweise *Salewski*, BKR 2012, 100; *Roberts*, DStR 2010, 1082; OLG Frankfurt, Urteil vom 30.12.2009 – 23 U 175/08, ZIP 2010, 921; OLG Stuttgart, Urteil vom 26.02.2010 – 9 U 164/08, ZIP 2010, 716.

⁶⁸⁸ Vgl. *von Hippel*, ZRP 2001, 558 (561).

a) Derivate

aa) *Begriffsbestimmung*

Am häufigsten wird die Frage der Zuordnung zu den Glücksspielen im Zusammenhang mit sogenannten Derivaten gestellt. Derivate werden in der rechtswissenschaftlichen Literatur zum Teil als Wetten auf Börsenkurse charakterisiert.⁶⁸⁹ Wird diese verkürzte Definition der Vielfältigkeit der Derivate wohl nicht gerecht, so zeigt sie in ihrer Prägnanz jedoch bereits auf, wo die Berührungspunkte mit dem Glücksspiel liegen könnten. Eine etwas ausführlichere Auseinandersetzung mit dem Phänomen des Derivats führt zu der Erkenntnis, dass es sich hierbei um eine bestimmte Art von Finanzinstrument handelt, das seinen Wert aus dem Marktpreis vorher definierter anderer Finanzprodukte wie beispielsweise Zinssätzen, Devisen, Wertpapieren, Indices oder der Verwirklichung bestimmter Risiken ableitet.⁶⁹⁰ Das zugrunde gelegte Finanzprodukt nennt sich passend *Basiswert* (auch *Underlying*, aus dem Englischen, genannt).⁶⁹¹

§ 2 Abs. 2 Nr. 1 WpHG beschreibt Derivate dann auch wie folgt:

„Derivate im Sinne dieses Gesetzes sind

1. als Kauf, Tausch oder anderweitig ausgestaltete Festgeschäfte oder Optionsgeschäfte, die zeitlich verzögert zu erfüllen sind und deren Wert sich unmittelbar oder mittelbar vom Preis oder Maß eines Basiswertes ableitet (Termingeschäfte) mit Bezug auf die folgenden Basiswerte:

- a) Wertpapiere oder Geldmarktinstrumente,*
- b) Devisen oder Rechnungseinheiten,*
- c) Zinssätze oder andere Erträge,*
- d) Indices der Basiswerte der Buchstaben a, b oder c, andere Finanzindices oder Finanzmessgrößen oder*

⁶⁸⁹ Vgl. Roberts, Rechtliche Behandlung von Derivaten, S. 1.

⁶⁹⁰ Vgl. Clouth, Rechtsfragen der außerbörslichen Finanz-Derivate, S. 7.

⁶⁹¹ Vgl. mit weiterführenden Beschreibungen Reiner, Derivative Finanzinstrumente im Recht, S. 1, 10 ff.

e) *Derivate*“ [Hervorhebung durch den Verfasser].

Die im Gesetz genannten Basiswerte dienen hierbei lediglich als Oberbegriffe der Produkte, deren Bezugnahme eine Subsumtion unter den Begriff *Derivate* erlaubt. Die darüber hinausgehende in der Praxis anzutreffende Vielfalt der einzelnen Produkttypgestaltungen ist etwa anhand der folgenden, den derivaten Geschäften unterfallenden Konstrukte zu erahnen: Devisentermingeschäfte, Aktienindex-Futures, Aktienindex-Optionen, Aktienoptionen, Edelmetall-Futures, Edelmetall-Optionen, Forward Rate Agreements (FRA), Swap-Geschäfte, Swaptions, Warentermingeschäfte, Zinsoptionen, Zinstermingeschäfte einschließlich hereingenommener Forward Forward Deposits und die börsenmäßigen Zins- und Indexfutures.⁶⁹² An dieser nicht abschließenden Liste lässt sich erkennen, dass eine ausführliche Beschreibung aller einzelnen Konstruktionsmöglichkeiten an dieser Stelle unterbleiben muss, da ansonsten der Rahmen dieser Arbeit gesprengt würde. Eine solche Auseinandersetzung ist jedoch auch für die an dieser Stelle zu erläuternden Abgrenzungsfragen nicht erforderlich. Im Fokus sollen vielmehr diejenigen Eigenschaften stehen, die unabhängig vom Basiswert typisch für das Finanzprodukt Derivat sind und die im Lichte der im Rahmen dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnisse gegebenenfalls für eine Verortung in den Bereich der Glücksspiele sprechen.

Bei einem Derivatgeschäft wird keine Beteiligung an einem Unternehmen oder einem Wertpapier erworben. Vielmehr stellt das Geschäft lediglich eine Beteiligung an einem Risiko dar. Sein Wert knüpft an die Entwicklung des Wertes eines anderen Geschäfts, Papiers oder Gutes an.⁶⁹³ Das einem Derivat zugrunde liegende Vertragsverhältnis erschöpft sich – wie beim Glücksspiel – in einer aleatorischen Beziehung, nämlich einem Vertrag über die Verwirklichung eines bestimmten Risikos.⁶⁹⁴ Die Höhe der Leistungspflicht der einen Vertragspartei

⁶⁹² Vgl. *Heldt*, in: *Gabler*, Wirtschaftslexikon zu „Derivate“.

⁶⁹³ Vgl. *Clouth*, Rechtsfragen der außerbörslichen Finanz-Derivate, S. 7; *Brandt*, BKR 2002, 243 (243), der diese Beschreibung speziell auf Kreditderivate anwendet.

⁶⁹⁴ Vgl. *Roberts*, NJW 2010, 2988 (2988).

hängt also von der zukünftigen Entwicklung des Wertes eines bestimmten Gutes oder Papiers ab.⁶⁹⁵

Eine einfache Ausprägung des Derivats ist etwa das Termingeschäft – auch Forward genannt –, bei dem sich eine Partei einer anderen gegenüber verpflichtet, ein bestimmtes Gut zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Zukunft zu einem bestimmten Kurs zu kaufen oder zu verkaufen.⁶⁹⁶ Wenn solche Geschäfte an der Börse vollzogen werden, heißen sie Futures.⁶⁹⁷ Neben dieser Grundform des als Terminfestgeschäft ausgestalteten Derivats sind auch Optionsgeschäfte üblich, die sowohl an der Börse als auch außerbörslich gehandelt werden.⁶⁹⁸ Im Unterschied zum Terminfestgeschäft erwirbt der Käufer beim Optionsgeschäft ein Recht, den Basiswert zum Fälligkeitszeitpunkt zu kaufen oder zu verkaufen, er wird jedoch nicht verpflichtet, dies zu tun.⁶⁹⁹ Eine weitere beliebte und rechtlich umstrittene Ausgestaltung von Derivaten sind die sogenannten *Swaps*.⁷⁰⁰

Diese Ausführungen sollen nunmehr Anlass bieten, im Folgenden eine Gegenüberstellung der Derivate und der ebenfalls⁷⁰¹ zu den Risikoverträgen des § 762 BGB zählenden (Glücks-)Spiele zu wagen, um der Frage nachzugehen, inwiefern die momentane unterschiedliche rechtliche Handhabung gerechtfertigt ist.

bb) Zufallsabhängigkeit

Beim Kauf von Derivaten kann der Gewinn sowohl von einer positiven als auch von einer negativen Entwicklung des Basiswertes abhängig gemacht werden,⁷⁰² meist in Abhängigkeit davon, ob der Käufer oder Verkäufer das Wertentwicklungsrisiko übernehmen soll. Der Anleger kann somit auf den Erfolg oder Misserfolg des Basiswertes setzen.

⁶⁹⁵ Vgl. *Roberts*, NJW 2010, 2988 (2988).

⁶⁹⁶ Vgl. *Hull*, Optionen, Futures und andere Derivate, S. 29 f.

⁶⁹⁷ Vgl. *Casper*, Der Optionsvertrag, S. 90 f.

⁶⁹⁸ Vgl. *Hull*, Optionen, Futures und andere Derivate, S. 32 ff.

⁶⁹⁹ Vgl. *Hull*, Optionen, Futures und andere Derivate, S. 32.

⁷⁰⁰ Vgl. etwa beispielhaft zum Currency Swap: *Clouth*, Rechtsfragen der außerbörslichen Finanz-Derivate, S. 19 ff.

⁷⁰¹ Vgl. *Roberts*, NJW 2010, 2988 (2988).

⁷⁰² Vgl. *Köhler*, Die Zulässigkeit derivativer Finanzinstrumente, S. 8.

Auch hierin liegt eine Ähnlichkeit zum Glücksspiel, insbesondere der Sportwette, bei der – zumindest theoretisch – ebenfalls auf alle möglichen Spielereignisse gewettet werden kann.

Beim Kauf von Derivaten gibt der Anleger einen Vermögenswert her (*Einsatz*), um einen möglichen späteren Gewinn zu erzielen, der von einem zukünftigen Ereignis abhängig ist, auf das er keinen Einfluss hat, nämlich der Entwicklung des Basiswertes auf dem Markt.

Wie oben ausführlich beschrieben, hängt die Zuordnung zu den Glücksspielen maßgeblich davon ab, dass die Entscheidung über Gewinn und Verlust bei den Finanzderivaten überwiegend vom Zufall und nicht von den Fähigkeiten oder Kenntnissen des Anlegers abhängt.

Eine interessante Entscheidung, welche sich mit der Abgrenzung von Glück und Geschicklichkeit im Zusammenhang mit Börsenspekulationsgeschäften befasst, erging durch den BGH bereits im Jahre 1980. Hierin ging es um die Einordnung einer sogenannten (Warentermin-) Doppeloption. Der BGH ging damals von einem Geschicklichkeitsspiel aus, „*da die Mitspieler [die Optionsberechtigten (Anm. des Verf.)] innerhalb der sogenannten Rahmenlaufzeit ihren Gewinnanspruch dadurch maßgeblich selbst beeinflussen [konnten (Anm. des Verf.)], dass sie aufgrund eigener Beurteilung der Preisentwicklung auf den Warenmärkten und der davon abhängigen Börsenkurse bestimmten, wann sie von der Option «Gebrauch» machten*“.⁷⁰³ Der BGH sah es somit für die Annahme eines Geschicklichkeitsspiels als ausreichend an, dass der Teilnehmer (innerhalb eines Zeitfensters) frei über den Erwerbszeitpunkt entscheiden konnte. Dass während des Spielverlaufes ab dem Eintrittszeitpunkt keine Einflussmöglichkeit mehr bestand, wurde vom BGH hingegen nicht als ein die Annahme eines Geschicklichkeitsspiels ausschließendes Kriterium gewertet.

Diese Einordnung und Begründung des BGH ist in der Literatur zu Recht fast durchweg auf Kritik gestoßen.⁷⁰⁴ Gerade der Vergleich mit der Oddset-Sportwette, bei der es technisch möglich ist, im Verlaufe des Spiels zu jedem Zeitpunkt zu sich stetig verändernden Quoten

⁷⁰³ Vgl. BGHSt 29, 152 (157).

⁷⁰⁴ Vgl. Mülbert/Böhmer, WM 2006, 985 (989 f.).

eine Wette abzuschließen, zeigt, dass eine fast identische Ausgangslage nicht einheitlich bewertet wird.⁷⁰⁵ Noch eklatanter ist der Widerspruch zur Einordnung der im Anschluss ausführlich dargestellten Managerspiele, bei denen trotz durchgängig bestehender Einfluss- und Korrekturmöglichkeiten die Möglichkeit einer Einordnung als Geschicklichkeitsspiel von der Rechtsprechung nicht einmal thematisiert wird.

Eine ganz andere Einordnung nahmen dann einige Jahre später auch andere Gerichte vor, wie etwa das OLG Stuttgart, welches bezüglich der Einordnung von Finanzderivaten feststellte: *„Im Kern ist der angebotene Ladder-Swap eine Art Glücksspiel. Er ist dadurch geprägt, dass beide Seiten ein Risiko übernehmen und das Pflichtenprogramm bzw. die Zahlungen der Parteien vom Zufall oder der subjektiven Ungewissheit der Parteien über bestimmte Ereignisse abhängen.“*⁷⁰⁶

Auch der BGH stellte in seiner neueren Entscheidung nunmehr fest, dass Derivate Wetten sein können.⁷⁰⁷

In Anbetracht dieser ursprünglich gegensätzlichen Einordnungen bleibt zunächst festzuhalten, dass es sich bei der Entwicklung eines Marktwertes eines bestimmten virtuellen oder physischen Gutes nicht um ein Ereignis handelt, das per se keinen Gesetzmäßigkeiten folgt und dessen Kausalität vollends unergründbar ist, wie dies bei einem Münz- oder Würfelwurf regelmäßig der Fall sein wird. Vielmehr lässt sich der Wert einer Ware oder eines Finanzproduktes in der Regel zurückführen auf wirtschaftliche Grundsätze, wie etwa das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage. Die Schwierigkeit liegt jedoch darin, die entscheidenden Ereignisse vorherzusagen, welche eine Antizipierung der Wertentwicklung ermöglichen. Diese Schwierigkeiten wachsen überdies mit der Komplexität der Finanzprodukte, wobei es mitt-

⁷⁰⁵ Auch das AG Karlsruhe-Durlach geht davon aus, dass bei der Sportwette und zahlreichen Bankgeschäften die gleiche Situation vorliegt. Als Konsequenz kommt das Gericht dann jedoch zu dem Schluss, dass in beiden Fällen kein Glücksspiel vorliegt. Vgl. AG Karlsruhe-Durlach, Urteil vom 13.07.2000 – 1 Ds 26 Js 31893/98, NStZ 2001, 254 (255); vgl. zur Parallele auch Kühne, in: FS Schroeder, 545 (552).

⁷⁰⁶ OLG Stuttgart, Urteil vom 26.02.2010 – 9 U 164/08, ZIP 2010, 716; vgl. zur Einordnung als Glücksspiel auch OLG Frankfurt, Urteil vom 30.12.2009 – 23 U 175/08, ZIP 2010, 921 sowie LG Wuppertal, Urteil vom 16.07.2008 – 3 O 33/08, WM 2008, 1637 ff.

⁷⁰⁷ BGHZ 189, 13 (22).

lerweile nicht unüblich ist, dass Derivaten zum Teil über hundert Seiten lange komplexe Verträge samt mathematischer Formeln zugrunde liegen.⁷⁰⁸ Auch gibt es Konstrukte, die nicht aufgrund ihrer Komplexität, sondern aufgrund ihrer Anknüpfungspunkte für eine zufällige Entscheidung sprechen. Beispielhaft hierfür können an dieser Stelle etwa sogenannte Wetterderivate⁷⁰⁹ oder die weiter unten ausführlicher erläuterten Finanzprodukte mit Sportkomponenten herangezogen werden. Doch auch bei den komplexeren Derivaten drängt sich der Vergleich zu den oben im Zusammenhang mit den Ausführungen zur Zufallsabhängigkeit gemachten Überlegungen auf. Auch im Rahmen der Managerspiele oder etwa der Sportwette liegt qualitativ eine „andere Form“ der Zufälligkeit vor, als sie den ursprünglichen, klassischen Glücksspielen innewohnt. So verfügt etwa bei der Oddset-Wette der Wettanbieter über viel Wissen um die Begleitumstände, die auf die Entwicklung eines Spiels Einfluss nehmen können, und berechnet danach seine Quoten. Ähnlich verhält es sich auch bei Finanzprodukten. Die Banken verfügen über hochgradig geschultes Personal, das anhand komplizierter Wahrscheinlichkeitsberechnungen die Derivate bepreist, um somit den Einfluss des Zufalls zu begrenzen.⁷¹⁰ An dieser Parallele zeigt sich, dass zwischen den – als Glücksspiel eingeordneten – Sportwetten⁷¹¹ und den Finanzderivaten Strukturähnlichkeiten bestehen, die darauf hindeuten, dass auch die Derivate als zufallsabhängig, da nicht überwiegend durch Geschick beeinflussbar und folglich unter Umständen als Glücksspiel eingeordnet werden könnten.⁷¹²

cc) Spielcharakter

Entscheidender als das Element des „Glücks“ ist bei der Einordnung der Finanzderivate, jedenfalls soweit es Literatur und Rechtsprechung

⁷⁰⁸ Vgl. *Roberts*, DStR 2010, 1082 (1082).

⁷⁰⁹ Vgl. zum Glücksspielcharakter von Wetterderivaten: *Rinker*, Wetterderivate 2011, Rn. 136 ff.

⁷¹⁰ OLG Stuttgart, Urteil vom 26.02.2010 – 9 U 164/08, ZIP 2010, 716.

⁷¹¹ Vgl. BGH, Urteil vom 28.11.2002 – 4 Str 260/02, NStZ 2003, 372 (373).

⁷¹² So auch *Heine*, in: FS Amelung, 413 (417 f.) a.A.: BGHSt 29, 152 (157).

betrifft, das Merkmal „*Spiel*“. Bereits das Reichsgericht sah diesbezüglich die Notwendigkeit, das rechtliche Phänomen des Spiels auf solche Tätigkeiten zu beschränken, die weder einen ethischen noch einen wirtschaftlichen Zweck verfolgten.⁷¹³

Fraglich ist in diesem Zusammenhang bereits, ob das Verständnis der Allgemeinheit, auf welches sich das RG berief,⁷¹⁴ Kapitalmarktprodukte aufgrund ethischer und wirtschaftlicher Zweckverfolgung heutzutage tatsächlich trennscharf von den Glücksspielen abgrenzen würde. Wie bereits in der Einführung angedeutet, ist das Verständnis der Allgemeinheit wohl nicht zuletzt durch die zum Teil als Folge von Spekulationsgeschäften und insbesondere Finanzderivaten⁷¹⁵ verursachte Banken- und Finanzkrise des Jahres 2007 diesbezüglich – vorsichtig ausgedrückt – sensibilisiert worden. Bereits einige Jahre zuvor bemerkte beispielsweise *Meyer*, dass in der öffentlichen Diskussion vermehrt Begriffe wie „*Spieler*“ und „*Zocker*“ in die ehemals seriöse Welt der Börse Einzug gehalten haben.⁷¹⁶

Allerdings ist es auch unabhängig vom Verständnis der Allgemeinheit nicht unmittelbar einleuchtend, warum solche einem wirtschaftlichen Interesse dienenden Produkte gegenüber den klassischen Glücksspielen eine derartige Privilegierung erfahren sollten. Insbesondere, da durch Rechtsprechung und Literatur keine über eine einzelfallbezogene⁷¹⁷ hinausgehende Präzisierung dahingehend, was unter wirtschaftlich berechtigten Interessen zu verstehen ist, stattgefunden hat.⁷¹⁸ Es ist davon auszugehen, dass viele regelmäßige Teilnehmer an Glücksspielen vehement abstreiten würden, dass sie mit ihrem Spiel kein wirtschaftliches Interesse verfolgen. Bei einigen ist sicherlich auch eine Gewerbsmäßigkeit ihrer Spieltätigkeit anhand des Umfangs und Anteils am Einkommen ebenfalls nicht abzusprechen. Andersherum finden sich in der Literatur Stimmen, die auch bei Derivaten

⁷¹³ RGSt 40, 21 (32 f.).

⁷¹⁴ Vgl. RGSt 40, 21 (33).

⁷¹⁵ Vgl. *Roberts*, NJW 2010, 2988 (2988); *Reiner/Schacht*, WM 2010, 337 (337 f.).

⁷¹⁶ *Meyer*, Suchtreport 2000, 29 (31).

⁷¹⁷ Vgl. etwa BGHZ 69, 295 (301) zur Verbindlichkeit von DDR-Fluchthilfeverträgen.

⁷¹⁸ *Henssler* stellt gar fest, die Rechtswissenschaft würde sich hierzu ausschweigen, vgl. *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 448. Für eine Übersicht der verschiedenen Ansätze vgl. *Mülbert/Böhmer*, WM 2006, 937 (948) m.w.N.

das Vergnügen am Spiel als eine der primären Anreize einordnen.⁷¹⁹ Überdies ist nicht zu leugnen, dass Spekulationsgeschäfte ebenfalls zu erheblichen wirtschaftlichen Verlusten führen können und damit ähnlich schwere Folgen haben können, wie dies bei den klassischen Glücksspielen der Fall ist.

Bereits *Schuster* stellte im 19. Jahrhundert im Rahmen seiner historischen Betrachtung der Entwicklung des Spieles fest, dass neben anderen Tätigkeiten letztlich auch „das Börsenspiel“ als „*Kind der Gewinnsucht*“ bezeichnet werden müsse,⁷²⁰ wobei zur Klarstellung darauf hingewiesen sei, dass mit „*Börsenspiel*“ wohl das Agieren an der Börse gemeint war und nicht die heute unter diesem Namen bekannte Börsensimulation, auf die noch einzugehen sein wird.⁷²¹ Statt auf den Spieltrieb wird von *Schuster* somit auf „den Trieb, ohne Mühe zu gewinnen“ abgestellt.

An dieser Stelle lohnt auch ein Blick in die am Anfang dieser Arbeit aufgegriffenen Ausführungen *Huizingas* zum Ursprung der Kultur im Spiel. Auch *Huizinga* stellte fest, „*man spielt am Roulettetisch und man «spielt an der Börse»*. *Im ersten Fall wird der Spieler zugeben, dass sein Handeln spielen ist, im zweiten nicht*“.⁷²² Diese Überlegung ist eng verknüpft mit der Problematik einer ideologisch aufgeladenen Abgrenzung im Rahmen des Glücksspielrechts.⁷²³ Die Überzeugung, dass Leistung sich lohnen müsse und die hieraus resultierende Zuordnung gewisser Ereignisse als nicht zufällig, jedenfalls aber der Affront, den eine Gleichsetzung einer „ernsthaften“ Tätigkeit mit einem schnöden Glücksspiel in den Augen der Beteiligten und wohl auch des Gesetzgebers auszulösen scheint, ist zum Teil wohl unmittelbare Folge des Leitbildes einer Leistungsgesellschaft.⁷²⁴

⁷¹⁹ Vgl. *Roberts*, Rechtliche Behandlung von Derivaten, S. 5.

⁷²⁰ *Schuster*, Das Spiel, S. 217.

⁷²¹ Hierauf deutet etwa auch der Zusammenhang hin, in welchem der Begriff einige Jahrzehnte zuvor von *Scherpf* gebraucht wird, vgl. *Scherpf*, Über den Handel mit Staatspapieren und das Börsenspiel, S. 61, 110.

⁷²² *Huizinga*, Homo Ludens, S. 64.

⁷²³ Vgl. hierzu auch unten Abschnitt G IV 2.

⁷²⁴ Vgl. hierzu unten Abschnitt G IV 2; Vgl. auch in Ansätzen *Kühne*, in: FS Schroeder, 545 (551 f.).

So lässt die ganz herrschende Meinung⁷²⁵ eine Zuordnung zu den Glücksspielen auch heute immer dann entfallen, wenn die Vertragsparteien ein objektiv ernsthaftes wirtschaftliches Interesse mit dem Geschäft verfolgen,⁷²⁶ was im Umkehrschluss als negatives Tatbestandsmerkmal einen fehlenden Spielcharakter erfordern soll.⁷²⁷ Hierin soll der wesentliche Unterschied zwischen beispielsweise einer Sportwette und einem – auch stark spekulativen – Finanzprodukt liegen. Unabhängig davon, ob Spieler und Börsenspekulant tatsächlich in ernsthafter Gewinnerzielungsabsicht handeln oder gar ihren Lebensunterhalt durch ihre Tätigkeit verdienen, soll die Einordnung als Spiel das entscheidende Abgrenzungskriterium darstellen.

Neben den – berechtigten – Fragen, inwieweit die hiermit zum Ausdruck kommende Wertung noch zeitgemäß ist bzw. inwieweit es den Grundsätzen einer freiheitlichen Rechtsordnung und dem Normzweck des § 762 BGB entsprechen kann, die Privatautonomie von Vertragsparteien als Folge einer Kontrolle ökonomischer Nützlichkeit zu beschneiden,⁷²⁸ stellt sich bereits die praktische Frage, inwieweit dieses Merkmal überhaupt geeignet ist, eine trennscharfe und rechtssichere Zuordnung zu gewährleisten.⁷²⁹ Letzteres muss aufgrund der Vielfalt und Komplexität sowohl der neueren Finanzderivate als auch der neueren „Spiel“-Formen stark angezweifelt werden. Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa auch an sogenannte „Börsenspiele“, welche regelmäßig etwa von Kreditinstituten oder Fachmagazinen veranstaltet werden und zum Teil hohe Gewinne ausspielen.⁷³⁰ Es geht in diesem Moment also nicht mehr um den abstrakten philosophischen Ansatz *Huizingas*, dass jegliche Kultur im Spiel entsteht und sich in ihr entwickelt. Es geht um die gezielte Nutzung des Mediums Spiel zur

⁷²⁵ Vgl. *Hohmann*, in: MüKo, § 284 Rn. 13; *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 284 Rn.8; *Feilcke*, in: von Heintschel-Heinegg, § 284 Rn. 8.

⁷²⁶ *Wohlers/Gaede*, in: NK, § 284, Rn. 14, m.w.N.

⁷²⁷ Vgl. *Salewski*, BKR 2012, 100 (104).

⁷²⁸ Vgl. hierzu *Habersack*, in: MüKo BGB, § 762 Rn. 4.

⁷²⁹ Ablehnend *Habersack*, in: MüKo BGB, § 762 Rn. 4; *Servatius*, WM 2004, 1804 (1806 ff.).

⁷³⁰ Vgl. statt vieler etwa das Börsenspiel der Commerzbank, abrufbar im Internet: <<http://www.zertifikate.commerzbank.de/News/PressArticles.aspx?c=2424313>> oder das Börsenspiel der FAZ: <<http://boersenspiel.faz.net>> (Stand jeweils 13.06.2016).

stufenlosen Heranführung an die Welt der Börse. Dies veranschaulicht, wie fließend die Grenzen zwischen „Spiel“ und der Verfolgung ernsthafter und wirtschaftlicher Interessen verlaufen.

Abermals sollen hier auch die Überlegungen *Schusters* aufgegriffen werden, der die Verwerflichkeit nicht im Spieltrieb, sondern in der Gewinnsucht verortet. Auch hierbei stellt sich die Frage, ob zwischen diesen beiden Anknüpfungspunkten überhaupt ein klarer Unterschied besteht, oder ob nicht auch hier die Grenze eher fließend verläuft. Die im Rahmen dieser Arbeit erfolgende Auseinandersetzung mit den verschiedenen Spielvarianten soll ein Bewusstsein dafür schaffen, dass die heutigen Erscheinungsformen des Spiels nicht zwangsläufig gleichzusetzen sind mit dem kindlichen Spiel, mit schlichter, kurzweiliger, mitunter auch tumber Unterhaltung. Spiel existiert vielmehr auch in sehr komplexen Ausprägungen. Gerade die Grenzbereiche zwischen Geschicklichkeits- und Glücksspiel zeigen dies auf. Würde man vor diesem Hintergrund also nicht auf die Ernsthaftigkeit der Interessen abstellen, sondern – was im Verständnis der Allgemeinheit wohl durchaus Rückhalt finden würde – „dem Spiel“ als Gegenpol „die Arbeit“ gegenüberstellen,⁷³¹ ergeben sich interessante Denkansätze. So zeigt etwa ein Blick in die Rechtsliteratur des 19. Jahrhunderts, dass „Arbeit“ großteils noch als körperliche Arbeit, jedenfalls aber als etwas Greifbares verstanden wurde.⁷³² Die Spekulation an der Börse, an der Waren maximal in Papierform für kurze Zeit den Eigentümer wechselten, war demgegenüber verpönt. Die hiermit erzielten Gewinne wurden nicht als aus „Arbeit“ stammend verstanden. So war es etwa *Schuster*, der feststellte: *„[...] so ist dieses [das Börsenspiel (Anm. des Verf.)] insbesondere (aber nicht nur) das Differenzgeschäft entstanden durch das Streben den Gewinn von der Arbeit loszulösen und ohne solche sich deren Früchte [...] als Reichtum anzueignen“*.⁷³³ Aufgrund dieses Denkansatzes kommt *Schuster* im weiteren Verlauf zu dem Schluss: *„Es ist daher die unordentliche verwerfliche Gewinnsucht [...] schlechthin, und alle Gründe, welche deutsche Denkweise*

⁷³¹ Vgl. zum Gegensatz von Spiel und Arbeit auch *Dickersbach*, WiVerw 1985, 23 (23).

⁷³² Vgl. *Schuster*, Das Spiel, S. 215 ff.; *Scherpf*, Über den Handel mit Staatspapieren und das Börsenspiel, S. 61.

⁷³³ *Schuster*, Das Spiel, S. 218 f.

*zum Verbot des Spieles veranlasst haben, sprechen hundert- und tausendfach gegen dieses.*⁷³⁴

Nun müssen diese Aussagen selbstverständlich im Lichte der damaligen Zeit betrachtet werden, haben doch bereits die historischen Ausführungen am Anfang dieser Arbeit gezeigt, dass insbesondere in wirtschaftlichen Kriesenzeiten diejenigen, welche durch Spiel oder Spekulation vom Mangel profitierten, als besonders verwerflich angesehen wurden und ihre Tätigkeit als moralisch wie rechtlich verpönt galt. Auch gilt es nicht zuletzt im Angesicht der Tatsache, dass ganz ähnliche Ausführungen Jahrzehnte später den Nährboden für die NS-Ideologie bildeten, besondere Vorsicht walten zu lassen, was eine kritiklose Übernahme dieser Denkansätze angeht.

Diese Ausführungen machen aber eines deutlich: Tätigkeiten, die vor 150 Jahren verpönt waren, da sie als Gewinnstreben ohne Arbeitseinsatz angesehen wurden, werden heutzutage aufgrund der Verfolgung ernsthafter und wirtschaftlicher Interessen gegenüber dem Spiel privilegiert (welchem diese Art von Interesse ausnahmslos abgesprochen wird). Die heutige Wertung ist mithin keineswegs zwingende Konsequenz.

Letztlich bleibt die Argumentation der h.M. zirkulär: Es ist ein Spiel, wenn alle glauben, es sei ein Spiel. Auch stellt sich bei dieser Argumentation wieder die Folgefrage, auf wessen Eindruck es dabei ankommt – den eines durchschnittlichen Bürgers, eines durchschnittlichen Teilnehmers, jedes einzelnen Teilnehmers? Insbesondere vor dem mehrfach thematisierten möglichen Wandel, welchen die Auffassung der Allgemeinheit speziell in jüngerer Vergangenheit durchlebt hat, kann dies eine durchaus entscheidende Frage sein.

Angesichts der vergleichbaren Folgen und Gefährlichkeit ist jedoch letztlich nicht einleuchtend, warum eine solche subjektive Einschätzung überhaupt zu einer vollkommen abweichenden Einordnung führen soll. Maßgeblich zur Einordnung sollte vielmehr die Ausrichtung am Schutzgut sein.

⁷³⁴ Schuster, Das Spiel, S. 219.

b) Sportbezogene Finanzprodukte

Bevor ein Blick auf die möglichen Auswirkungen einer Zuordnung der Derivate zu den Glücksspielen geworfen wird, sollen aufgrund ihrer Nähe zu anderen in dieser Arbeit im Fokus stehenden Spielformaten an dieser Stelle zunächst noch die besonderen Finanzprodukte Erwähnung finden, die sich speziell an Sportfans richten und finanzielle Leistungen an den Erfolg einer bestimmten Mannschaft innerhalb eines bestimmten Wettbewerbs knüpfen. Zum einen ist in diesem Zusammenhang der Handel mit Sportzertifikaten an einer Wertpapierbörse zu nennen.⁷³⁵ Zum anderen erfreuen sich strukturierte Kapitalmarktprodukte mit Sport-Bonuskomponenten großer Beliebtheit.⁷³⁶ Bei Letzteren werden sportliche Ereignisse meist über die Höhe des auf Anlagen geleisteten Zinssatzes in ein Finanzprodukt eingebunden. So wurden etwa auch die sportlichen Leistungen des FC Bayern München im Rahmen der Bundesligasaison 2004/2005 in ein solches Angebot integriert. Die Hypo-Vereinsbank bot unter der Bezeichnung FC Bayern-Sparkarte eine Anlagemöglichkeit, bei der sich der Zinssatz um 0,1 % für jedes zehnte in der heimischen Arena erzielte Tor der Mannschaft erhöhte.⁷³⁷

aa) Spielcharakter und Zufallsabhängigkeit

Eine solche Ausgestaltung zeigt die Problematik der weiter oben dargelegten, von der herrschenden Meinung im Rahmen von Finanztermingeschäften vertretenen Argumentation. Wurde eben noch behauptet, dass eine Gleichstellung mit den Glücksspielen unterbleiben müsse, weil Ersteren der Spielcharakter abgesprochen werden müsse und diese somit nicht in gleicher Art und Weise an den natürlichen

⁷³⁵ Vgl. hierzu *Heine*, in: FS Amelung, 413 (416).

⁷³⁶ Aktuell gewährt etwa die Sparda-Bank einen Zinsbonus für jedes Tor des BVB, abrufbar im Internet: <<https://www.sparda-west.de/schwarzgelbe-karte-sparcard.php>> (Stand: 13.06.2016).

⁷³⁷ Vgl. bzgl. der genauen Konditionen dieses und eines weiteren Beispiels *Servatius*, WM 2004, 1804 (1805).

Spieltrieb des Menschen anknüpfen,⁷³⁸ wirkt dieses Argument an dieser Stelle noch deplatziert. Es wird bei einem derart ausgestalteten Finanzprodukt nicht nur an denselben Trieb, sondern sogar an dieselben Ereignisse angeknüpft wie bei der klassischen Sportwette. Abgrenzungskriterium soll daher nun die Tatsache sein, ob die Motivation zum Vertragsschluss schwerpunktmäßig auf dem Tätigen einer wirtschaftlich sinnvollen Geldanlage oder dem Setzen auf ein Sportereignis lag.⁷³⁹

Fraglich ist, ob beim Feststellen des Überwiegens nicht wirtschaftlich sinnvoller Motive solche Angebote auch ohne explizite glücksspielrechtliche Erlaubnis oder Konzession überhaupt zulässig sind. Bereits aufgrund der Parallelen zu Sportwetten im eigentlichen Sinne muss auch bei der Bewertung solcher Finanzprodukte von einer überwiegenden Zufallsabhängigkeit des Gewinns ausgegangen werden. Auch bei diesen Produkten entscheidet nämlich am Ende beispielsweise das Ergebnis eines Fußballspiels über die Höhe des Gewinns. Das Ergebnis des Fußballspiels ist wie mehrfach dargelegt ein zufälliges Ereignis.⁷⁴⁰

bb) Vorliegen eines Einsatzes

Fraglich ist, ob der Anleger sich diese vom Zufall abhängige Gewinnchance auch durch einen „Einsatz“ erkaufte. Kann dies bei Sportzertifikaten unproblematisch bejaht werden, da je nach Ausgestaltung die gesamte eingesetzte Summe verloren ist,⁷⁴¹ könnte das Vorliegen eines Einsatzes in der zweiten geschilderten Konstellation, den Einlageprodukten mit Sportbezug, deshalb angezweifelt werden, weil das Kapital in jedem Fall zurückgezahlt wird und lediglich die Höhe der von der Bank zu leistenden Verzinsung von dem Ergebnis des Sportereig-

⁷³⁸ Vgl. Salewski, BKR 2012, 100 (104).

⁷³⁹ Vgl. Kesler/Heda, WM 2004, 1812 (1812).

⁷⁴⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 28.11.2002 – 4 Str 260/02, NStZ 2003, 372 (373).

⁷⁴¹ Vgl. Heine, in: FS Amelung, 413 (416) mit Beispielen möglicher Ausgestaltungen.

nisses abhängt. Das angelegte Geld eignet sich somit nicht als Einsatz.⁷⁴² In solchen Konstellationen könnte jedoch auf die im Vergleich zum Durchschnittszinssatz auftretende Zinseinbuße, die der Anleger regelmäßig bei solchen Finanzprodukten hinzunehmen hat, abzustellen sein.⁷⁴³ Werden die Produkte hingegen zu marktüblichen Zinsen angeboten, fehlt es gänzlich an einem Einsatz, womit zugleich die Frage der Strafbarkeit negativ zu beantworten wäre.⁷⁴⁴ Dies wird jedoch regelmäßig nicht der Fall sein, da die Bank ihr Risiko, einen höheren Zinssatz im Falle des Eintritts des bestimmten sportlichen Ergebnisses leisten zu müssen, durch den niedrigeren Basiszinssatz absichern wird.

Es stellt sich somit die grundsätzliche Frage, ob bereits der Verzicht auf eine Einnahme – in diesem Fall ein höherer Zinsertrag – einen Einsatz im Sinne des § 284 StGB darstellen kann. *Hofman/Mosbacher* verneinen dies selbst im Falle eines vollständigen Zinsausfalles mit der Begründung, dass lediglich bereits vorhandenes Vermögen eingesetzt werden könne.⁷⁴⁵ Hierbei stützen sie ihre Auffassung auf eine Parallele, welche sie zum Betrugstatbestand ziehen, welcher auch keine bloßen Erwerbs- oder Gewinnchancen schütze.⁷⁴⁶ Fraglich ist jedoch bereits, wie zwingend diese Analogie ist. Zum einen ist in der Rechtsprechung zum Betrug anerkannt, dass Exspektanzen zum Vermögen zählen und damit den Schutz des § 263 StGB genießen, soweit es sich um Gewinnaussichten handelt, die sich wahrscheinlich realisieren lassen und nach der Verkehrsauffassung bereits einen messbaren Vermögenswert aufweisen.⁷⁴⁷ Zum anderen ist alleiniges Rechtsgut des § 263 StGB nach ganz h.M. das Vermögen,⁷⁴⁸ welches selbst außerhalb des in dieser Arbeit vertretenen Ansatzes im Rah-

⁷⁴² Vgl. *Kessler/Heda*, WM 2004, 1812 (1814).

⁷⁴³ Vgl. *Kessler/Heda*, WM 2004, 1812 (1814), die dies wohl grundsätzlich für möglich halten, die Einsatzqualität aber wenig überzeugend pauschal für alle Konstellationen aufgrund mangelnder Erheblichkeit verneinen.

⁷⁴⁴ *Kessler/Heda*, WM 2004, 1812 (1814).

⁷⁴⁵ *Hofman/Mosbacher*, NSTZ 2006, 249 (251 f.); a.A. *Servatius*, WM 2004, 1804 (1805).

⁷⁴⁶ *Hofman/Mosbacher*, NSTZ 2006, 249 (251).

⁷⁴⁷ BGHSt 17, 147 (148); *Kindhäuser*, in: NK, § 263 Rn. 241.

⁷⁴⁸ Vgl. BGHSt 16, 220 (221); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 263 Rn. 2.

men des § 284 StGB jedenfalls nicht als das alleinige Rechtsgut angesehen wird, sodass nicht zwingend derselbe Schutzzumfang zum Tragen kommt.

Auch gibt es durchaus Argumente, die dafür sprechen, bei den hier vorgestellten Fußball-Finanzprodukten von der Leistung eines Einsatzes auszugehen. Es handelt sich bei den dem Anleger entgangenen Zinsen nämlich um Gewinne, die er ohne Weiteres hätte erzielen können. Die Bank handelt solche Zinsen in der Regel nicht individuell aus, sondern wirbt bereits mit der Zusage eines bestimmten Zinssatzes für eine bestimmte Form und Höhe einer Anlage. Da es um eine Anlage und keinen Kredit geht, ist auch nicht davon auszugehen, dass das Geschäft an einer durchzuführenden Bonitätsprüfung oder Ähnlichem hätte scheitern können. Der Anleger, der sich für die fußballgebundene Anlage entscheidet, hätte ohne Weiteres die Standardanlage-möglichkeit wählen können und die dafür maßgeblichen Zinsen erhalten. Somit ist die Gewinnmöglichkeit bereits sehr konkret. Auf diese Gewinnmöglichkeit verzichtet der Anleger, um die Chance zu erhalten, einen deutlich höheren Gewinn zu erzielen.

Kessler/Heda wählen daher auch einen Mittelweg, indem sie sich zwar gegen die Einsatzqualität der Zinseinbuße aussprechen, jedoch zu dem Schluss gelangen, dass sich die Situation anders darstellen könnte, wenn der gesamte Zinsbetrag von dem Eintritt des sportlichen Ereignisses abhängig gemacht würde, und somit die Möglichkeit bestünde, dass der Anleger keinerlei Zinsen auf seinen Anlagebetrag erhalten würde.⁷⁴⁹ Letztlich vermag dieser vermittelnde Ansatz nicht zu überzeugen. Auch in dem von *Kessler/Heda* gebildeten Extremfall stellen die Zinsen einen hypothetischen, noch nicht tatsächlich im Vermögen vorhandenen Betrag dar. Es kann losgelöst von der Erheblichkeit des Einsatzes jedoch für die grundsätzliche Zuordnung keinen Unterschied machen, ob der gesamte möglicherweise zu erzielende Betrag aufgrund der spielerischen Komponente ausbleibt oder lediglich ein Teil hiervon. Die Zugehörigkeit des Zinsertrages zum Vermögen muss in beiden Fällen gleich beurteilt werden. Somit gibt es durchaus

⁷⁴⁹ Vgl. *Kessler/Heda*, WM 2004, 1812 (1814).

Argumente, die für die Annahme einer Einsatzqualität sprechen. Darüber hinaus gibt es wie aufgezeigt jedenfalls Finanzprodukte, bei denen keine Kapitalgarantie besteht und jeglicher Ausgang bis hin zum vollständigen Verlust des Anlagebetrages möglich ist.⁷⁵⁰

cc) Rechtsprechung

Zu der glücksspielrechtlichen Relevanz speziell solcher sportbezogenen Angebote gibt es bis heute keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Lediglich in einer Entscheidung befasste sich der BGH mit einem solchen Angebot. Zur Frage, ob es sich bei so einem Produkt um ein Glücksspiel handelt, äußerte sich der BGH hierbei jedoch nicht.⁷⁵¹ Auch hat der BGH – entgegen mancher Deutung⁷⁵² – keineswegs festgestellt, dass solche Angebote grundsätzlich zulässig seien.

In dem diesem Urteil aus dem Jahr 2007 zugrunde liegenden Sachverhalt ging es lediglich um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer Werbung der Postbank für eine Anlage dieser Art anlässlich der Europameisterschaft im Jahr 2006. In dieser Werbung warb die Postbank mit einem Zinsbonus von bis zu 150 %. Die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs verklagte die Postbank daraufhin auf Unterlassung dieser Form der Werbung. Die Klägerin sah hierin insbesondere einen Verstoß gegen das Irreführungsverbot des damaligen § 5 Abs. 1 UWG aF sowie gegen das Kopplungsverbot des mittlerweile ersatzlos gestrichenen § 4 Nr. 6 UWG aF.⁷⁵³

Die Irreführung resultierte in den Augen der Klägerin daraus, dass die Werbung sich an „einfache Fußballfans“ richte, die bei der beworbenen Aussage davon ausgingen, sie könnten einen Zinssatz von bis zu 150 % erzielen. Der BGH stellte hierzu fest, dass der Vorwurf der Irreführung nicht durchschlage. Die Werbung richte sich an Anleger allge-

⁷⁵⁰ Vgl. Heine, in: FS Amelung, 413 (416).

⁷⁵¹ BGH, Urteil vom 19.04.2007 – I ZR 57/05, GRUR 2007, 981.

⁷⁵² Wartlick, Den Ball flach halten, abrufbar im Internet: <<https://www.ihre-vorsorge.de/index.php?id=1218>> (Stand: 13.06.2016).

⁷⁵³ Vgl. zur jüngsten UWG Novellierung, welche u.a. die Streichung von § 4 Nr. 6 UWG beinhaltete Redeker/Pres, GRUR-Prax 2016, 7 (7 f.).

mein, die aus dem Begriff „Zinsbonus“ gekoppelt mit dem Sternchenhinweis am Ende der Werbung verstehen könnten, dass es sich nicht um eine mögliche 150%ige Verzinsung handele. Auch das Vorliegen eines Verstoßes gegen § 4 Nr. 1 UWG aF, welcher im neu geschaffenen Tatbestand des § 4a UWG aufging,⁷⁵⁴ verneinte der BGH mangels übertriebener Anlockwirkung der gesetzten aleatorischen Reize.

Zuletzt lehnte das Gericht auch den Vorwurf des Verstoßes gegen das Kopplungsverbot ab. Im Sinne einer gebotenen engen Auslegung des mittlerweile ersatzlos gestrichenen § 4 Nr. 6 UWG aF⁷⁵⁵ stellte das Gericht vielmehr fest, dass Fälle, in denen ein Gewinnspiel unmittelbar mit der Inanspruchnahme der Dienstleistung zusammenfällt, nicht von der Norm erfasst werden. Erforderlich sei vielmehr ein vom Umsatzgeschäft getrenntes Gewinnspiel.⁷⁵⁶ Zu der Zuordnung des Angebots zu den Glücksspielen hingegen schwieg das Gericht, da die Klage zu der Untersuchung dieser Frage keine Veranlassung gab.

2. Mögliche Konsequenzen der getätigten Überlegungen

Die gesonderte Erwähnung der Einlageprodukte mit Sportbezug erfolgte in erster Linie, um die Berührungspunkte von Finanzprodukt, Sportwette und dem im Folgenden darzustellenden Managerspiel aufzuzeigen. Mit Blick auf die von der ganz h.M. vertretene Auffassung rechtfertigt jedoch auch eine andere Begebenheit diese spezielle Gegenüberstellung.

Bezüglich der Derivate wird unisono davon ausgegangen, dass selbst die Einordnung als Glücksspiel keine Gefahr für die Legalität dieser Geschäfte bedeuten würde. Zum Teil wird bereits § 2 Abs. 2 WpHG

⁷⁵⁴ Redeker/Pres, GRUR-Prax 2016, 7 (8).

⁷⁵⁵ Zur Unvereinbarkeit von § 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt (UGP-RL) vgl. EuGH, Urteil vom 14.01.2010 – Rs. C-304/08 (Plus Warenhandels-gesellschaft), Slg. 2010, I-00217; Alexander, WRP 2014, 1010 (1010 ff.).

⁷⁵⁶ BGH, Urteil vom 19.04.2007 – I ZR 57/05, GRUR 2007, 981(983 f.); zustimmend Steinbeck, GRUR 2008, 848 (851).

als eine explizite Erlaubnis zum Vertrieb dieser Finanzprodukte verstanden, die – aufgrund der Einheit der Rechtsordnung – im Sinne des § 284 StGB tatbestandsausschließend wirken müsse.⁷⁵⁷ Dieser Ansatz vermag jedoch nicht zu überzeugen. § 2 WpHG dient lediglich der Begriffsbestimmung. Allein aus der Tatsache, dass ein Phänomen gesetzlich definiert ist, zu schließen, dass dieses systembedingt vorgesehen sei und daher nicht eingeschränkt werden dürfe, erscheint verfehlt. Als glücksspielrechtliche Erlaubnis im Sinne der § 4 GlüStV und § 284 StGB wird jedoch auch § 37e WpHG angesehen, welcher in erster Linie zivilrechtliche Hürden beseitigt, indem er die Geltendmachung des Spieleinwandes (§ 762 BGB) ausschließt.⁷⁵⁸

Legt man dieses Verständnis von § 37e WpHG zugrunde, so lägen die Konsequenzen einer Zuordnung der Derivate zu den Glücksspielen somit lediglich im Bereich der Aufklärungspflichten. So hat auch der BGH festgestellt, dass die Bank das zu ihren Gunsten bereits zu Beginn einstrukturierte Verlustrisiko (den sogenannten „negativen Marktwert“) dem Kunden gegenüber offenlegen muss.⁷⁵⁹ Roberts zufolge ergibt sich dies bereits daraus, dass der Anbieter eines Glücksspiels dem Teilnehmer konkludent zusichere, dass er den Zufall nicht „ausgeschaltet“ habe.⁷⁶⁰ Bezüglich des Abweichens vom „fairen Marktpreis“ zugunsten der Bank, also der Tatsache, dass die Verlustwahrscheinlichkeit des Kunden höher ist als seine Gewinnwahrscheinlichkeit, bestehe daher eine Offenlegungspflicht.⁷⁶¹

Anders stellt sich die Ausgangslage bei den im zweiten Abschnitt behandelten Einlageprodukten mit Sportbezug dar. Diese unterfallen im Gegensatz zu Derivaten klassischerweise nicht den von § 37e WpHG erfassten Finanztermingeschäften,⁷⁶² wobei nichtsdestotrotz auch von den sich mit diesen Produkten befassenden Autoren zum Teil § 37e

⁷⁵⁷ Vgl. Roberts, DStR 2010, 1082 (1082).

⁷⁵⁸ Vgl. Mülbart/Böhmer, WM 2006, 937 (938); vgl. Salewski, BKR 2012, 100 (102).

⁷⁵⁹ BGHZ 189, 13 (25 f.).

⁷⁶⁰ Vgl. Roberts, DStR 2010, 1082 (1084 ff.); vgl. BayOblG vom 11.02.1993 – 5 StRR 170/92, NJW 1993, 2820 (2820 f.).

⁷⁶¹ Vgl. Roberts, DStR 2010, 1082 (1084 ff.); ders., DStR 2011, 1231 (1232 f.); vgl. weiterführend zu den höchstrichterlichen Anforderungen an die Aufklärungspflicht Jäger/Meuschke/Hartlieb, BKR 2013, 456 (456 ff.).

⁷⁶² Vgl. Assmann, in: Assmann/Schneider, § 2, Rn. 38 ff.

WpHG herangezogen wird, um die vermeintlich grundsätzliche Haltung des Gesetzgebers zu belegen, dass Finanzinnovationen grundsätzlich kein Spiel darstellen sollen.⁷⁶³

a) Reichweite des § 37e WpHG

Fraglich ist jedoch, ob die Tragweite des § 37e WpHG überhaupt angemessen bewertet wurde. Ob also ggf. nicht selbst für die der Norm zweifellos unterfallenden Derivate im Falle einer Einordnung als Glücksspiel weitreichendere Konsequenzen drohen.

Auch darf nicht vergessen werden, dass der Einwand des § 37e WpHG erfordert, dass zumindest einer der Vertragsteile ein Unternehmen i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB ist. § 37e WpHG findet somit keine Anwendung bei zwischen Verbrauchern oder/und „einfachen“ Unternehmen getätigten Finanztermingeschäften.⁷⁶⁴

Darüber hinaus ist der erhobene Einwand, § 37e WpHG sei als tatbestandsausschließende Erlaubnis im Sinne des § 284 StGB zu verstehen, jedoch unter Umständen nicht zwingend.⁷⁶⁵ Hierzu sei Folgendes in Erinnerung gerufen: § 762 BGB trifft keine Aussage über die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit eines Spieles. § 762 hat vielmehr einen völlig eigenständigen Regelungszweck. Der Ausschluss des Einwandes des § 762 BGB durch § 37e WpHG ist daher auch rein zivilrechtsakzessorisch zu verstehen.⁷⁶⁶ Bewirkt werden sollte durch den Ausschluss in § 37e WpHG lediglich Rechtsklarheit sowie die Schaffung einer sicheren Rechtssphäre.⁷⁶⁷ Die öffentlichen Interessen, anhand derer das Strafrecht seine Regelungen ausrichten muss, spielten hingegen keine Rolle. Auch ist zu beachten, dass im Falle des Vorliegens eines verbotenen Glücksspiels im Sinne des § 284 StGB gerade kein

⁷⁶³ Vgl. Kessler/Heda, WM 2004, 1812 (1815).

⁷⁶⁴ Mülbert/Assmann, in: Assmann/Schneider, § 37e Rn. 2.

⁷⁶⁵ So jedoch etwa Mülbert/Assmann, in: Assmann/Schneider, § 37e Rn. 2; Salewski, BKR 2012, 100 (102).

⁷⁶⁶ In ganz ähnliche Richtung argumentiert Heine, in: FS Amelung, 413 (418 f.).

⁷⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 14/8017, S. 96.

wirksamer Spielvertrag im Sinne des § 762 BGB vorliegt. Die zivilrechtliche Folge ist vielmehr die Nichtigkeit des Vertrages gemäß §§ 134, 138 BGB.⁷⁶⁸ Eine Berufung auf §§ 134, 138 schließt § 37e WpHG jedoch gerade nicht aus. Nicht zuletzt birgt die Annahme, bei § 37e WpHG handele es sich um eine Erlaubnis im Sinne des § 284 StGB, eine gewisse Zuständigkeitsproblematik. So wäre es im Lichte der Tatsache, dass die Erteilung einer Glücksspielerlaubnis Ländersache ist, zumindest untypisch, dass eine solche Erlaubnis aus einem neueren Bundesgesetz folgen solle, während der GlüStV hierzu keinerlei Aussage trifft.

b) Zwischenfazit

Diese Überlegungen können an dieser Stelle lediglich dazu dienen, Fragen aufzuwerfen. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen muss jedoch ausbleiben, da sie sich zu weit von der Kernthematik dieser Arbeit entfernen würde. Auch wenn eine Reihe von Einzelfragen in diesem Zusammenhang somit an dieser Stelle ungeklärt bleiben mussten, bleibt Folgendes festzuhalten: Sowohl Glücksspiel als auch „Börsenspiel“ haben durch den Siegeszug des Mediums Internet Einzug in Millionen von Haushalten gehalten.⁷⁶⁹ Auch kann festgestellt werden, dass – insbesondere in der Auffassung der Allgemeinheit – eine Annäherung der beiden Phänomene stattgefunden hat. Das einst verpönte und von Staat und Kirche geächtete Glücksspiel ist mittlerweile dabei, salonfähig zu werden. Wettkonzerne treten als Sponsoren im Rahmen von Sportveranstaltungen auf und schalten Werbeblöcke. Die ehemals dunklen Spielhöhlen in Hinterhöfen weichen immer mehr professionell aufgemachten Internetseiten, die sich an einer jungen, modernen Zielgruppe orientieren. Zumindest in der Momentaufnahme wirkt es demgegenüber fast so, als hätten die ehemals elitären und hochseriösen Geschehnisse rund um die Börse in den letzten Jahren

⁷⁶⁸ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, § 762 Rn. 9.

⁷⁶⁹ *Fleischer* geht im Jahre 2005 von 500.000 aktiven Zertifikateanlegern und 12 Mio. Fondsanlegern aus. Vgl. *Fleischer*, Kreditwirtschaft 2005, 250 (250).

den umgekehrten Weg beschritten. Das „*Banken Bashing*“ sei zum Volkssport geworden, konstatierte etwa Der Spiegel im Jahre 2010 und stellte fest, dass selbst bei seriösem Publikum mittlerweile durch den Vergleich des Finanzgewerbes mit der Mafia Applaus zu ernten sei.⁷⁷⁰ Mögen sich die beiden einst an gegensätzlichen Enden der Imageskala platzierten Gewerbe somit im Ansehen der Allgemeinheit angenähert haben, so hat neben dieser subjektiven Wahrnehmung auch objektiv ein Wandel stattgefunden. Sowohl Spiele als auch Finanzprodukte haben an Vielfalt und vielfach an Komplexität gewonnen. Ein Spiel ist somit keineswegs mehr zwangsläufig das kindliche, tumbe Spiel, als das es einst wahrgenommen wurde. Demgegenüber hat die Komplexität mancher Finanzprodukte dazu geführt, dass teilweise trotz Fachkenntnis keine hinreichend gefestigten Prognosen mehr getroffen werden können, sondern Gewinne und Verluste aus Zufällen resultieren.

An dieser Nahtstelle zwischen dem Glücksspiel und einzelnen hochspekulativen Finanzprodukten eröffnen sich nun zwei Abgrenzungsfragen, die ggf. vom Gesetzgeber nicht wertungsfrei beantwortet wurden. Zum einen geht es hierbei um die Gewichtung des Geschicks im Rahmen der Abgrenzung Glück/Geschicklichkeit. Unterschwellig mag hier der Wunsch, dass „Leistung sich lohnen müsse“, und die Hoffnung, dass ein komplexes und, wie die Bankenkrise gezeigt hat, fragiles Finanzsystem nicht zum Teil auf Produkten fußt, deren Wertbeständigkeit an Ereignisse knüpft, die so unkontrollierbar wie ein Münzwurf sind, dominieren.

Die zweite Frage ist noch tiefgreifender. Sie befasst sich mit der Abgrenzung des Spieles vom Nicht-Spiel. Hierzu werden verschiedene Ansätze vertreten, wobei herrschend die Abgrenzung anhand wirtschaftlich berechtigter Interessen ist. Auch hier haben die erfolgten Ausführungen neuralgische Punkte aufgezeigt, an denen eine am Schutzgut ausgerichtete, über jeden Zweifel erhabene Abgrenzung

⁷⁷⁰ Vgl. Kaden, Marktwirtschaft in der Krise: Wie die Banker den Kapitalismus aushöhlen, abrufbar im Internet: <<http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/marktwirtschaft-in-der-krise-wie-die-banker-den-kapitalismus-aushoehlen-a-690361.html>> (Stand: 13.06.2016).

zwischen Glücksspiel und gewissen Finanzprodukten kaum mehr möglich ist.

G. Rechtliche Behandlung der vorhandenen Internet-spielvarianten unter dem geltenden Recht

Die oben erfolgten Ausführungen zur Abgrenzung der Glücksspiele von anderen Spielen beanspruchen auch für die verschiedenen im Internet angebotenen Spielvarianten Geltung. Aufgrund der Besonderheiten einzelner Angebote ist jedoch die aus der Übertragung auf Online-Spiele resultierende rechtliche Behandlung mit Blick auf die Zielsetzungen des Spielrechts nicht immer befriedigend. Der Facettenreichtum und die ständige Wandlungsfähigkeit des Online-Spiel-Angebotes machen es an dieser Stelle jedoch erforderlich, eine Auswahl zu treffen, da nicht auf jede Ausprägung eingegangen werden kann. Auch stehen manche Spielarten aufgrund ihrer Popularität mehr im gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Fokus als andere. Mit der Online-Sportwette etwa setzten sich in jüngerer Zeit verschiedene Arbeiten ausführlich auseinander.⁷⁷¹ Selbst wenn auch diesbezüglich der neue GlüStV und die jüngste Rechtsprechung einen neuen Maßstab bieten können, anhand dessen die jetzige Behandlung untersucht und bewertet werden könnte, so rechtfertigt dies vor dem Hintergrund, dass anderen Spielen eine solche Aufmerksamkeit noch nicht zuteil wurde, keine erneute eigenständige Auseinandersetzung an dieser Stelle. Wie eingangs erwähnt soll vielmehr die Möglichkeit genutzt werden, anhand von zum Teil bisher kaum thematisierten Spielformen deren Besonderheiten und die hieraus resultierenden Herausforderungen an eine kohärente Regelung der Glücksspielmaterie herauszuarbeiten. Eben jenes Kohärenzerfordernis zeigt, dass eine isolierte Betrachtung des einzelnen Glücksspiels nicht (mehr) möglich ist. Auch hieraus erwächst die Motivation, den bekannten Pfad von Sportwette & Co. zugunsten eines weniger erschlossenen Pfades zu verlassen. So ist etwa auch Online-Poker ein Spiel, welches bereits häufig Gegenstand

⁷⁷¹ So bspw. *Willers*, Verfassungsgerichtliche Übergangsfristen im Mehrebenensystem am Beispiel der Sportwetten; *Mintas*, Glücksspiele im Internet; *Thaysen*, Sportwetten in Deutschland: zur rechtlichen Zulässigkeit des neuen Staatsmonopols und eines liberalisierten Sportwettenmarktes; *Feldmann*, Die Strafbarkeit privater Sportwettenanbieter gemäß § 284 StGB.

gerichtlicher Auseinandersetzungen war.⁷⁷² Kernfrage war hierbei zu-
meist, ob es sich um ein Glücks- oder ein Geschicklichkeitsspiel han-
delt.⁷⁷³ Bei der näheren Auseinandersetzung fällt jedoch auf, dass Po-
ker nur eines von vielen Beispielen gemischter Spiele ist, die eben
keine eindeutige Abgrenzung frei von Interpretationsbedarf ermögli-
chen. Um solche Spiele handelt es sich auch bei den sogenannten
Managerspielen. Diese in den USA bereits seit Jahrzehnten populäre
Spielform, deren verschiedene Ausprägungen dort unter dem Begriff
„Fantasy Sports“ zusammengefasst werden, fand in der deutschen
Rechtsprechung bisher kaum Beachtung. Eine Handvoll obergerichtli-
cher Urteile sowie eine jüngst veröffentlichte Entscheidung des
BVerwG sind jedoch dabei, dies zu ändern. Das Phänomen der ge-
mischten Online-Spiele soll in dieser Arbeit daher am Beispiel des
Bundesliga-Managerspiels als einer ganz neuen Spielform aufgezeigt
werden. Daneben wird noch auf Gewinnspiele einzugehen sein, wel-
che insbesondere aufgrund ihrer Verankerung an der Schnittstelle zwi-
schen GlüStV und Rundfunkstaatsvertrag interessante Fragestellun-
gen mit sich bringen. Eingeleitet werden soll diese Auswahl von den
klassischen Casinospielen, die das Glücksspielrecht geprägt haben
und an denen daher gegebenenfalls ein Wandel am besten aufgezeigt
werden kann.

I. Vorfrage: Anwendbares Recht

Am Anfang dieser Arbeit wurden bereits die psychosozialen Beson-
derheiten des Veranstaltungsortes Internet, welche vornehmlich die

⁷⁷² Vgl. beispielhaft: BGH, Urteil vom 28.09.2011 – I ZR 93/10, GRUR 2012, 201; VG München, Beschluss vom 7.09.2009 – M 22 S 09.3403, MMR 2010, 59; AG Deggendorf, Urteil vom 4.09.2008 – Ds 9 Js 1350/07, NSTZ-RR 2009, 338.

⁷⁷³ Für eine überwiegende Zufallsabhängigkeit vgl. etwa BGH, Urteil vom 28.09.2011 – I ZR 93/10, GRUR 2012, 201 (208); Für die Einordnung als Geschicklichkeitsspiel, jedenfalls für das im Turniermodus veranstaltete Spiel vgl. *Holznagel*, MMR 2008, 439 (441 ff.). Interessant ist auch die bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen erfolgende Einordnung als Geschicklichkeitsspiel durch den BFH, Urteil vom 16.09.2015 – X R 43/12, DStR 2015, 2651, (Rn. 28); zust. *Schieferl/Quinten*, DStR 2013, 686 (689). Vgl. zur Gesamthematik *Rock/Fiedler*, ZfWG 2008, 412.

Suchtgefährlichkeit beeinflussen, dargestellt. Bevor auf einzelne Ausprägungen des Online-Glücksspiels eingegangen wird, gilt es an dieser Stelle jedoch eine technische Besonderheit des Internets zu beleuchten. Das Internet bzw. das Online-Glücksspiel ist ein Phänomen, welches nicht an einer Landesgrenze endet. Es stellt sich somit zum Teil bereits die Frage, ob deutsches Recht überhaupt der Maßstab ist, an dem die Rechtmäßigkeit der im Folgenden darzustellenden Spiele zu messen ist.

1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechtes

Bezüglich der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechtes auf Online-Glücksspiele sind insbesondere die §§ 3, 9 StGB von Bedeutung.⁷⁷⁴ Entscheidend ist somit in erste Linie die Frage, ob bei den Online-Glücksspielen ein Handlungs- oder Erfolgsort in Deutschland liegt.⁷⁷⁵

a) Handlungsort

Bei einer Veranstaltung eines Online-Glücksspiels im Internet sind grundsätzlich vier Konstellationen denkbar⁷⁷⁶:

- 1.) Anbieten des Glücksspiels von Deutschland aus unter Nutzung eines inländischen Servers
- 2.) Anbieten des Glücksspiels von Deutschland aus unter Nutzung eines ausländischen Servers
- 3.) Anbieten des Glücksspiels aus dem Ausland unter Nutzung eines inländischen Servers

⁷⁷⁴ Vgl. *Liesching/Sieber*, in: *Hoeren/Sieber/Holznagel*, Teil 21.2 Rn 59.

⁷⁷⁵ Vgl. zu weiteren Prinzipien und den völkerrechtlichen Anknüpfungspunkten. *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 112 ff. m.w.N.

⁷⁷⁶ Zu dieser Aufteilung gelangt auch *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 126 ff.

4.) Anbieten des Glücksspiel aus dem Ausland unter Nutzung eines ausländischen Servers

Ein Handlungsort liegt überall dort vor, wo der Täter eine auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Tätigkeit vornimmt oder versucht,⁷⁷⁷ wobei in Ausnahmefällen bereits die Vornahme einer Vorbereitungshandlung einen eigenständigen Handlungsort begründen kann.⁷⁷⁸ Ein Handlungsort liegt mithin dort vor, wo der Täter körperlich anwesend ist.⁷⁷⁹ Die ersten beiden oben genannten Varianten führen somit regelmäßig unproblematisch zu einer Anwendbarkeit des deutschen Strafrechtes, da der Veranstalter die Daten von Deutschland aus ins Internet einspeist und somit körperlich in Deutschland handelt.⁷⁸⁰

Mit demselben Argument lehnt die h.M. im vierten oben beschriebenen Fall Deutschland als Handlungsort ab, da sämtliche für den Tatbestand relevanten Handlungen im Ausland vorgenommen werden und der Täter somit zu keinem Zeitpunkt körperlich in Deutschland anwesend ist.⁷⁸¹ Eine extensive Auslegung des Handlungsortes hin zur Annahme einer „virtuellen Anwesenheit“⁷⁸², welche jeden Ort zum Handlungsort macht, an dem das jeweilige Internetangebot abrufbar ist, ist hingegen – wie jüngst auch der BGH in einem sich mit dem Betrieb eines YouTube-Portals aus dem Ausland befassenden Beschluss klarstellte⁷⁸³ – abzulehnen.⁷⁸⁴ Eine solche extensive, auf die Wahrnehmung des Handelns abstellende Auslegung vermengt den Handlungs- mit dem Erfolgsort.⁷⁸⁵

⁷⁷⁷ Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 9 Rn. 4; RGSt 30, 98 (99f.); BGHSt 34, 101 (106).

⁷⁷⁸ Vgl. *Ambos*, in: MüKo, § 9 Rn. 9; BGHSt 39, 88 (90 f.).

⁷⁷⁹ *Klengel/Heckler*, CR 2001, 243 (244); *Leupold/Bachmann/Pelz*, MMR 2000, 648 (652).

⁷⁸⁰ So auch *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 127.

⁷⁸¹ Vgl. *Sieber*, NJW 1999, 2065 (2070); *Klengel/Heckler*, CR 2001, 243 (244).

⁷⁸² So *Kuner*, CR 1996, 453 (454); ähnlich bzgl. grenzüberschreitender Fernsehübertragungen KG, Urteil vom 16.03.1999 – (5) 1 Ss 7 -98 (8-98), NJW 1999, 3500 (3502).

⁷⁸³ BGH, Beschluss vom 19.08.2014 – 3 StR 88/14, MMR 2015, 200 (201).

⁷⁸⁴ *Jeßberger*, JR 2001, 432 (433); *Sieber*, NJW 1999, 2065 (2070).

⁷⁸⁵ *Heinrich*, NSTZ 2000, 533 (534).

Fraglich ist, ob für den Handlungsort etwas anderes gilt, wenn sich, wie in der dritten Variante beschrieben, zumindest der Server in Deutschland befindet.

Zur Klarstellung sei jedoch bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass es sich hierbei wohl um keine besonders praxisrelevante Konstellation handelt. Aufgrund des im europäischen und internationalen Vergleich streng reglementierten Glücksspielwesens in Deutschland ist wohl davon auszugehen, dass derzeit der Anreiz für Glücksspielanbieter, gezielt deutsche Server zu nutzen, eher gering ist. Dies muss insbesondere für solche Anbieter gelten, die (wie in Variante 3 beschrieben) ohnehin ihren Sitz im Ausland haben. Beliebter sind aufgrund liberalerer Glücksspielgesetze wohl eher Orte wie Gibraltar⁷⁸⁶, Antigua und Barbuda oder die Kanalinsel Alderney, welche allein im Jahr 2013 59 Online-Glücksspielanbietern eine Lizenz erteilte.⁷⁸⁷

Cornils bejaht – im Zusammenhang mit Äußerungsdelikten – im Falle der Nutzung eines inländischen Servers einen Handlungsort in Deutschland.⁷⁸⁸ Begründet wird dieser Ansatz mit den technischen Besonderheiten des Internets, wo durch die Eingabe an einem Ort gleichzeitig das Ausgangs- (der ausländische PC) und das Zielgerät (der inländische Server) bedient würden, weshalb die Handlung an beiden Orten vorgenommen werde. Auch dieser Auslegungserweiterung erteilte der BGH jedoch jünger eine ausdrückliche Absage.⁷⁸⁹ Dem ist zuzustimmen, da letztlich auch eine solche Erweiterung zu einer Verwässerung der Abgrenzung zwischen Handlungs- und Erfolgsort führt. *Leupold/Bachmann/Pelz* verweisen überdies auf die Wertungswidersprüche, welche etwa im Vergleich zu einer postalischen Versendung eines Lotterieloses aus dem Ausland entstehen würden. Bei Letzterem würde kein Handlungsort in Deutschland vorliegen, wohingegen bei einem Versand via E-Mail unter Nutzung eines sich in

⁷⁸⁶ Hier hat etwa der Marktführer für Onlinewetter im deutschsprachigen Raum, *bwin*, seinen Firmensitz und seine Server.

⁷⁸⁷ Vgl. *Gropp*, die dunkle Seite des Online-Glücksspiels, abrufbar im Internet: <<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/die-dunklen-seiten-des-online-gluecksspiels-12945490.html>> (Stand: 13.06.2016).

⁷⁸⁸ *Cornils*, JZ 1999, 394 (396 f.).

⁷⁸⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 19.08.2014 – 3 StR 88/14, MMR 2015, 200 (201).

Deutschland befindenden Servers ein inländischer Handlungsort bejaht würde.⁷⁹⁰ Konsequenterweise ist somit an dem Erfordernis körperlicher Präsenz festzuhalten, sodass ein Handlungsort im Inland immer nur dann bejaht werden kann, wenn der Glücksspielanbieter von Deutschland aus handelt.

b) Erfolgsort

Fraglich ist, ob der Zugriff bzw. die Abrufbarkeit der Daten aus Deutschland einen Erfolgsort i.S.d. § 9 Abs. I Var. 3 StGB begründet. Bei § 284 StGB handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt,⁷⁹¹ sodass zur Verwirklichung kein „zum Tatbestand gehörender Erfolg“ erforderlich ist. Zur Verwirklichung reicht die Begehung der vom Gesetzgeber als typischerweise gefährlich empfundenen Handlung aus.⁷⁹² Umstritten ist daher, wie der Erfolgsort im Zusammenhang mit § 284 StGB zu bestimmen ist.

aa) Restriktive Ansicht

Einerseits wird angenommen, dass bei abstrakten Gefährdungsdelikten kein Erfolgsort existiere.⁷⁹³ Entscheidend sei somit einzig und allein der Handlungsort. Begründet wird dieser Ansatz insbesondere mit dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 9 StGB, dessen Merkmal „Erfolg“ über die Jahre auf den „zum Tatbestand gehörenden Erfolg“ beschränkt wurde.⁷⁹⁴

⁷⁹⁰ Leupold/Bachmann/Pelz, MMR 2000, 648 (653).

⁷⁹¹ Vgl. Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 5.

⁷⁹² Vgl. Liesching/Sieber, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Teil 21.2 Rn 60; Lackner/Kühl, Vor § 13 Rn 32.

⁷⁹³ Vgl. Cornils, JZ 1999, 394 (395); Leupold/Bachmann/Pelz, MMR 2000, 648 (653f.).

⁷⁹⁴ Vgl. Eser, in: Schönke/Schröder, § 9 Rn. 6 f. m.w.N.

bb) Extensive Ansicht

Die Gegenauffassung bejaht im Zusammenhang mit abstrakten Gefährdungsdelikten einen Erfolgsort dort, wo sich die abstrakte Gefahr realisieren kann.⁷⁹⁵ Soweit das Glücksspielangebot via Internet in Deutschland abgerufen werden kann, läge demnach dort auch ein Erfolgsort. Vertreter dieser Auffassung heben insbesondere die kriminalpolitischen Überlegungen hervor, welche mit der Schaffung abstrakter Gefährdungsdelikte einhergingen. Ziel des Gesetzgebers war es, gerade bei bestimmten besonders gefährlichen Handlungen die Strafbarkeit vorzuverlegen. Die restriktive Ansicht führe diese Absicht quasi ad absurdum und resultiere überdies in Strafbarkeitslücken.⁷⁹⁶

Allerdings führt eine weite Auslegung des Erfolgsortes bereits zu praktischen Problemen. Aus dem Legalitätsprinzip folgt eine Verfolgungspflicht deutscher Strafverfolgungsbehörden, welche hierdurch zu einer Art „Weltpolizist“ würden; dies würde die personellen und sachlichen Ressourcen weit übersteigen.⁷⁹⁷ Zugleich stellt ein solches letztlich weltweites Verfolgungsrecht einen Eingriff in die Souveränität der anderen Staaten dar und würde zu einer Erweiterung des Weltrechtsprinzips „durch die Hintertür“ führen.⁷⁹⁸ Auch für den einzelnen Anbieter führt eine solche Auslegung des Erfolgsortes zu untragbaren Ergebnissen, da ein Internetanbieter in der Folge jede Rechtsordnung der über zumindest einen Internetanschluss verfügenden Länder kennen müsste und sein Angebot an der strengsten dieser Rechtsordnungen ausrichten müsste.⁷⁹⁹ Neben der offensichtlichen Unpraktikabilität merkt *Schünemann* am Beispiel der in manchen Staaten strafbaren Gotteslästerung, welche in vielen anderen Staaten der Meinungsfreiheit unterfällt, an, dass ein solcher Ansatz nicht einmal logisch konsequent durchführbar sei.⁸⁰⁰

⁷⁹⁵ BGHSt 42, 235 (242); *Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, S. 79 ff.

⁷⁹⁶ Vgl. zum Meinungsstand ausführlich *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 137 ff. m.w.N.

⁷⁹⁷ *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 146.

⁷⁹⁸ Vgl. *Hilgendorf*, NJW 1997, 1873 (1877 f.).

⁷⁹⁹ Vgl. *Kudlich*, StV 2001, 397 (397).

⁸⁰⁰ Vgl. *Schünemann*, GA 2003, 298 (304).

cc) Vermittelnde Ansicht

In der Literatur wurden bislang eine ganze Reihe von Ansätzen diskutiert, um einen Erfolgsort zu bejahen, diesen jedoch im Vergleich zur extensiven Ansicht zum Teil deutlich einzuschränken.⁸⁰¹ Zwar wäre ein solcher Ansatz aus rechtspolitischen Gründen wünschenswert, letztlich vermag jedoch keiner dieser Ansätze zu überzeugen, da sie allesamt zu unbestimmt sind und damit zu – gerade im Bereich des Strafrechts – nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheiten führen.⁸⁰²

2. Anwendbarkeit deutschen Gewerberechts

Voraussetzung einer Anwendbarkeit des deutschen Gewerberechts ist die Ausübung eines Gewerbes in Deutschland.⁸⁰³ Entscheidender als die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einer Veranstaltung im Internet von einer Ausübung des Gewerbes in Deutschland auszugehen ist (*Leupold/Bachmann/Pelz* knüpfen diesbezüglich an räumliche Kriterien an⁸⁰⁴), erscheint jedoch die Frage, ob die zentrale Regelung der GewO sachlich überhaupt auf Online-Spiele anwendbar ist. Noch immer fehlt in der Gewerbeordnung eine explizite Regelung bezüglich der Behandlung von Online-Spielen bzw. Internetspielen, obgleich die Regelungslücke dem Gesetzgeber seit Langem bekannt ist.⁸⁰⁵ Insoweit herrscht Uneinigkeit bezüglich der Frage, ob diese Spiele der Erlaubnispflicht des § 33d GewO unterliegen. Dreh- und Angelpunkt des Streits um die Anwendbarkeit von § 33d GewO auf Internetspiele ist interessanterweise nicht ein Tatbestandsmerkmal

⁸⁰¹ Für eine ausführliche Übersicht des Meinungsstandes vgl. *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S 160 ff. m.w.N.

⁸⁰² So auch *Leupold/Bachmann/Pelz*, MMR 2000, 648 (654); *Barton/Gercke/Jansen*, wistra 2004, 321 (322 f.); *Liesching/Sieber*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Teil 21.2 Rn. 60; *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 175.

⁸⁰³ *Leupold/Bachmann/Pelz*, MMR 2000, 648 (649).

⁸⁰⁴ *Leupold/Bachmann/Pelz*, MMR 2000, 648 (650 f.).

⁸⁰⁵ Vgl. hierzu beispielsweise *Pfeifer/Fischer*, GewArch 2002, 232 (233 f.).

von § 33d selbst, sondern eines des ihn konkretisierenden § 4 der SpielV. Dort heißt es nämlich:

*„Die Erlaubnis für die Veranstaltung eines anderen Spieles im Sinne des § 33d Abs. 1 Satz 1 der Gewerbeordnung (anderes Spiel), bei dem der Gewinn in Geld besteht, darf nur erteilt werden, **wenn das Spiel in Spielhallen oder ähnlichen Unternehmen veranstaltet werden soll**. In einer Spielhalle oder einem ähnlichen Unternehmen dürfen höchstens drei andere Spiele veranstaltet werden.“* [Hervorhebung durch den Verfasser]

a) Anwendbarkeit der GewO verneinende Ansicht

Einige Autoren und Gerichte gründen hierauf ihre Auffassung, dass die gesamte Konzeption der Regelungen für sonstige Spiele mit Gewinnmöglichkeiten nicht auf Online-Spiele zugeschnitten ist und sie deshalb hierauf keine Anwendung finden dürfen.⁸⁰⁶ Sie begründen diese Auffassung damit, dass die Regelungen für das Spielen in Spielhallen gedacht sind, wobei andere Bedingungen herrschen als bei Internetspielen, die überwiegend vom Spieler in seinem Zuhause in Anspruch genommen werden.⁸⁰⁷

Diese Argumentation gilt freilich nicht für Spielhallen, die lediglich unter Anwendung des Internets Spiele in ihren Räumlichkeiten anbieten. Für diese sind zweifelsohne die Regelungen über Spielhallen anwendbar.

⁸⁰⁶ Vgl. Ahlhaus/Schmidt, MMR 2014, 443 (448).

⁸⁰⁷ So z.B. Liesching, MMR 2009, 795 (796); Lober/Neumüller, MMR 2010, 295 (298); LG Köln, Urteil vom 25.02.2010 – 31 O 717/09, ZfWG 2010, 149; a.A.: VG Berlin, Beschluss vom 17.08.2009 – VG 4 L 274.09, MMR 2009, 794 (795).

b) Anwendbarkeit der GewO bejahende Ansicht

Andere deuten zu Recht darauf hin, dass die fehlende Erfüllbarkeit der Voraussetzungen nicht zwingend dazu führe, dass die Regelungen nicht anwendbar seien.⁸⁰⁸ Vielmehr führten die Regelungen der SpielV schlicht dazu, dass Internetspiele keine Erlaubnis erlangen könnten und daher verboten seien.⁸⁰⁹ Denkbar sei es schließlich, dass der Gesetzgeber die Nichterfüllbarkeit der Voraussetzungen durch Internetspiele zwar erkannt habe, eine Erlaubnisfähigkeit solcher Spielmodi jedoch nicht habe schaffen wollen. *Ennuschat*⁸¹⁰ führt hierzu aus, dass der Gesetzgeber bereits bei der Überarbeitung der SpielV im Jahr 2005 in der Begründung zum Gesetz darauf hinweist, dass der deutsche Glücksspielmarkt „*seit Jahren geprägt [ist (Anm. des Verf.)] von neuen und erweiterten Spielangeboten (Internetspielen, Sportwetten, TV-Spielen), verändertem Spielverhalten wie auch grenzüberschreitenden Spielofferten aus anderen EU- oder Drittstaaten*“.⁸¹¹ Dies zeige – so *Ennuschat* –, dass der Gesetzgeber das Problem der aufkommenden neuen Spielmedien sehr wohl erkannt habe und in Kenntnis dieser Neuerungen darauf verzichtet habe, eine Änderung an § 4 SpielV derart vorzunehmen, dass für Internetspiele die Möglichkeit eröffnet werde, eine Erlaubnis zu erlangen. Der Gesetzgeber habe sogar in der Gesetzesbegründung explizit darauf hingewiesen, dass es Ziel der Neuerungen in der SpielV sei, Lücken im Recht und Grauzonen zu beseitigen.⁸¹² Auch dies spricht nach *Ennuschat* dafür, dass die fehlende Erlaubnisfähigkeit der Internetspiele vom Gesetzgeber nicht nur hingenommen, sondern explizit gewollt sei.

⁸⁰⁸ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.09.2009 – 6 A 10199/09, ZfWG 2009, 413 (417).

⁸⁰⁹ Vgl. *Hüsken*, GewArch 2010, 336 (340 f.).

⁸¹⁰ In: Tettinger u.a., § 33d Rn. 14.

⁸¹¹ BR-Drs. 655/05, S. 9.

⁸¹² BR-Drs. 655/05, S. 12.

c) Fazit

Die letztgenannte Auffassung lässt sich auch auf eine praktische Überlegung stützen. Klammerte man nämlich die Internetspiele vollständig von den Voraussetzungen der SpielV aus, wären diese, wohl-gemerkt, nur soweit es sich nicht um Glücksspiele i.S.d. § 284 StGB handelt (vgl. § 33h Nr. 3 GewO), ohne nähere Konkretisierung grund-sätzlich erlaubt. Wie jedoch bereits ausführlich beschrieben, sind die mit den Besonderheiten des „Spielortes“ Internet einhergehenden Ge-fahren keineswegs geringer einzuschätzen als diejenigen, welche durch Spielen in Spielhallen o.Ä. entstehen. Aus diesem Grund schla-gen manche Autoren eine analoge Anwendung des § 33d GewO auf Internetspiele vor.⁸¹³ Dies ist jedoch – folgt man der soeben beschrie-benen Auffassung von *Ennuschat* – in Ermangelung einer planwidri-gen Regelungslücke nicht zulässig. Deshalb sind Internetspiele – so-weit sie weder den Vorschriften zu Glücksspielen noch den Vorschrif-ten zu Gewinnspielen unterfallen⁸¹⁴ – nach § 33d GewO zwar erlaub-nispflichtig, mangels Erfüllung der Voraussetzungen der SpielV jedoch nicht erlaubnisfähig. Dieser Umstand kann sich erst ändern, wenn der Gesetzgeber erneut tätig wird und sich mit den Besonderheiten dieser neuen Spielmedien explizit beschäftigt und geeignete Erlaubnisvor-schriften schafft. Dies ist gerade im Hinblick auf die Angleichung des Rechts an die Gegebenheiten in den anderen Mitgliedsstaaten und zur Herstellung besserer Wettbewerbsverhältnisse für deutsche Spieleanbieter dringend anzuraten.⁸¹⁵

⁸¹³ Vgl. *Bolay*, ZfWG 2010, 88 (92).

⁸¹⁴ Zu den Voraussetzungen des GlüStV und RStV in diesem Zusammenhang, siehe unten Abschnitt G III.

⁸¹⁵ Wegen § 3 Abs. 2 S. 1 TMG ist nämlich auf solche Spiele aus anderen Mitglieds-staaten das Recht des jeweiligen Herkunftslandes anzuwenden.

3. Anwendbarkeit des GlüStV

Der GlüStV stellt in § 3 Abs. 4 klar, dass ein Glücksspiel dort veranstaltet und vermittelt wird, wo dem Spieler die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet wird. Für den Online-Bereich bedeutet dies konkret, dass ein Glücksspiel in allen Bundesländern veranstaltet und vermittelt wird, von denen aus eine Spielteilnahme möglich ist. Somit bedürfen Veranstalter und Vermittler im Geltungsbereich des Staatsvertrages auch überall dort einer Erlaubnis.⁸¹⁶ Die hiermit im Zusammenhang stehende Fragestellung nach der Notwendigkeit einer Geolokalisation der Teilnehmer soll zu einem späteren Zeitpunkt im Rahmen der Auseinandersetzung mit den Casinospielen aufgegriffen werden.

II. Klassische Casinospiele im Internet

Laut einer weltweit durchgeführten Studie der University of Lethbridge sind klassische Casinospiele unter den Teilnehmern der Online-Glücksspiele nach Poker die beliebteste Glücksspielform im Internet.⁸¹⁷ Hierbei vermag auf den ersten Blick bereits die Abgrenzung zu überraschen, zählt Poker doch auch zu den Spielen, die in den meisten Casinos angeboten werden. Die von der Studie vorgenommene Abgrenzung lässt sich jedoch anhand der Aufmachung der populären Anbieterwebseiten nachvollziehen. Auch hier wird zumeist eine Unterteilung in „*Pokerspiele*“ und „*Casinospiele*“ vorgenommen, was zum einen aus der Popularität des Pokers und zum anderen aus der Tat-

⁸¹⁶ Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 3 GlüStV, Rn. 13.

⁸¹⁷ University of Lethbridge (Hrsg.), Welche der folgenden Formen des Online-Glücksspiels nutzen Sie?, abrufbar im Internet: <<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/239343/umfrage/nutzung-der-verschiedenen-formen-des-online-gluecksspiels-nach-geschlecht/>> (Stand: 13.06.2016).

sache, dass die Webseiten oftmals ursprünglich reine Pokerplattformen waren, die ihr Angebot nach und nach auf andere (Casino-)Spiele erweiterten, resultiert.⁸¹⁸

Strukturell grenzen sich die klassischen Casinospiele im Sinne dieses Abschnittes von Poker auch dadurch ab, dass nicht gegen Mitspieler, sondern gegen „die Bank“ gespielt wird.

Die Tatsache, dass den klassischen Casinospiele an dieser Stelle ein eigener Abschnitt gewidmet wird, beruht jedoch nicht nur auf dem wesentlichen Anteil, der diesen am Gesamt-Online-Glücksspielmarkt zukommt, sondern auch darauf, dass es sich um Spiele handelt, die bereits bei Erlass der straf- und ordnungsrechtlichen Glücksspielnormen existierten. Sie sind es, die eine vergleichsweise unproblematische Subsumtion unter den Glücksspieltatbestand erlauben. Somit können sie im weitesten Sinne als eine Art Vergleichsgruppe dienen, wenn im weiteren Verlauf auf problematischere Abgrenzungsfragen einzugehen sein wird.

1. Darstellung der Funktionsweise

Online-Casinospiele unterscheiden sich in Bezug auf ihre Regeln und Funktionen im Wesentlichen nicht von klassischen Casinospiele in der nonvirtuellen Welt.⁸¹⁹ Da es sich wie dargestellt um einen Sammelbegriff handelt, der mehrere Spielarten in sich vereint, können Casinospiele jedoch nicht einheitlich erläutert werden. Im Folgenden soll daher zunächst eine Darstellung der Funktionsweise von Online-Casinos erfolgen, um im Anschluss einige ausgewählte Spieltypen zu erläutern. Auswahlkriterien waren hierbei die Popularität und Verbreitung der Spiele.

⁸¹⁸ Vgl. etwa die Ausgestaltung des Anbieters Partypoker: <<http://de.partypoker.com/>> (Stand: 13.06.2016).

⁸¹⁹ Thumm, Strafbarkeit des Anbietens von Internetglücksspielen gemäß § 284 StGB, S. 38 f.

a) Internet-Casinos

Der Begriff des Internet-Casinos bezeichnet ein virtuelles Forum im Internet, in welchem verschiedene Glücksspielmöglichkeiten angeboten werden, die sich überwiegend am Spielangebot eines klassischen, physischen Casinos orientieren. Meistens sind die Teilnahme an den dort angebotenen Glücksspielen sowie die Benutzung der erforderlichen Software an sich nicht kostenpflichtig.⁸²⁰ Zudem besteht in vielen Fällen neben den klassischen Glücksspielen, bei denen echtes Geld eingesetzt wird, auch eine Spielgeldvariante, bei der die Teilnehmer lediglich eine virtuelle Währung einsetzen, die kostenfrei und ggf. unbegrenzt zur Verfügung gestellt wird. Diese Spielvariante dient dazu, dem Spieler die Möglichkeit zu geben, sich an neue Spiele zu gewöhnen oder seine Spielstrategie ohne Risiko üben zu können, wobei die Rechtsprechung es gelegentlich als problematisch erachtet hat, dass solche kostenfreien „Spielschulen“ auch genutzt werden können, um indirekt Aufmerksamkeit auf das entgeltliche Glücksspielangebot zu ziehen.⁸²¹ Dies spielt vor allem im Zusammenhang mit Werbeverböten eine Rolle, die mittels des Einsatzes von Werbung lediglich für die kostenlose „Pokerschule“ umgangen werden.⁸²²

b) Casinospiele

Im Wesentlichen genießen in Internet-Casinos dieselben Spiele eine hohe Beliebtheit, die auch in nonvirtuellen Casinos häufig gespielt werden.

⁸²⁰ *Bunzheim*, Kostenlose Internetspiele - Casino Spiele im Internet, abrufbar im Internet: <<http://www.online-artikel.de/article/kostenlose-internetspiele-casino-spiele-im-internet-33216-1.html>> (Stand: 13.06.2016).

⁸²¹ Vgl. VG München, Beschluss vom 7.09.2009 - M 22 S 09.3403, MMR 2010, 59 (59); vgl. hierzu auch *Meyer/Bachmann*, Spielsucht, S 128.

⁸²² Vgl. *Blaue*, ZUM 2011, 119 (124).

aa) Roulette

Roulette ist ein Glücksspiel im klassischen Sinne und gilt der Allgemeinheit als Sinnbild für dieses Phänomen. Grund hierfür mag nicht zuletzt die im historischen Teil dieser Arbeit angesprochene Sonderrolle des Roulettes sein, die zu einer Verankerung dieses Spieles in den Spielbanken dieser Welt und dem Glücksspielverständnis der Bevölkerung führte. So stellt etwa Zink fest:

*„Die modernen Spielbanken, wie wir sie seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts kennen, sind ohne die Roulette, jene Spielmaschine, die eine betrügerische Beeinflussung des Spielverlaufs am ehesten ausschließt, kaum vorstellbar.“*⁸²³

Zu unterscheiden ist dabei *die* Roulette von *dem* Roulette. Die Roulette bezeichnet das Spielgerät, während das Spiel als solches *das* Roulette ist. Roulette wird an einem Tisch gespielt, bestehend aus dem sogenannten Kessel und dem Tableau. Der Kessel ist eine in den Tisch eingelassene drehbare Scheibe, die in 36 nummerierte rote oder schwarze Felder aufgeteilt ist, und mindestens einem Nullfeld. Beim sogenannten amerikanischen Roulette gibt es neben dem einfachen Nullfeld (zéro) noch das Doppelnullfeld (double zéro). Wie bereits der Protagonist in Dostojewskijs Roman erkannte, sichert die Existenz des Zéro- bzw. Doppelzérofeldes dem Casino einen Bankvorteil:

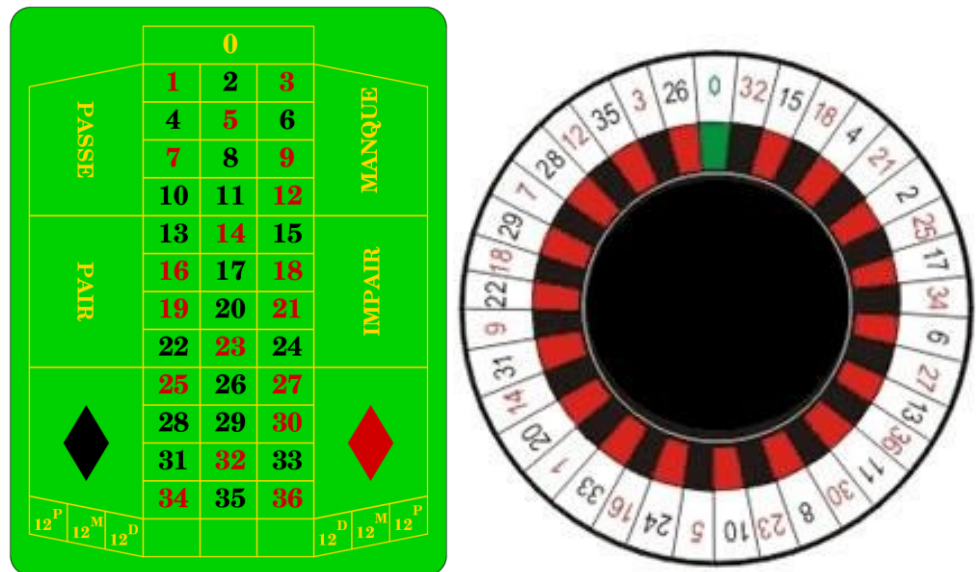
*„Weil das Zéro, Babuschka, nichts anderes bedeutet als den Gewinn der Bank. Wenn die kleine Kugel auf Zéro fällt, gehört alles, was sich auf dem Tisch befindet, der Bank, ohne Abzug.“*⁸²⁴ (...) *„Zum Teufel mit diesem elenden Zéro.“*⁸²⁵

Die auf dem Kessel angezeigten Ziffern und Farben sowie unterschiedliche Kombinationsformen dieser Merkmale sind auch auf dem Tableau wiedergegeben. Untenstehend sind ein typisches Roulette-Tableau (mit einem Nullfeld) und Kessel abgebildet:

⁸²³ Zink, Spielbanken in Deutschland, S. 27.

⁸²⁴ Dostojewskij, Der Spieler, S.113.

⁸²⁵ Dostojewskij, Der Spieler, S.132.



Ziel des Spiels ist es, durch Setzen der eigenen Jetons auf die Spielfelder des Tableaus vorherzusagen, welches Feld auf der Roulette ausgewählt wird. Die Auswahl des Gewinnerfeldes erfolgt anschließend durch eine Kugel, die in die drehende Roulette gefügt wird. Das Feld, auf dem die Kugel zum Stehen gelangt, ist das Gewinnerfeld. Entsprechend können verschiedene Wetten zu unterschiedlichen Gewinnquoten abgegeben werden. Die einfachste und zugleich beliebteste Art, bei Roulette zu wetten, ist, auf eines der äußeren sechs großen Felder zu setzen. Sie stellen die hälftige Aufteilung der Felder auf der Roulette in je drei Kategorien dar: nach Farbe, Schwarz oder Rot; nach Art der Zahl, gerade oder ungerade; nach Höhe der Zahl, eins bis achtzehn (klein) oder neunzehn bis sechsunddreißig (groß). Bei diesen Wettarten beträgt die Gewinnwahrscheinlichkeit – wegen des Null-Feldes – knapp unter 50 %. Im Falle eines Gewinns beträgt die Gewinnquote 1:1. Es gibt aber auch eine ganze Reihe komplizierterer Wetten mit einer niedrigeren Gewinnwahrscheinlichkeit und entsprechend höheren Gewinnquoten. Hierzu zählt unter anderem die Wette auf eine bestimmte Zahl, die Wette auf eine bestimmte Zahlenfolge (drei nebeneinanderliegenden Zahlen), die Wette auf die Zahlen in den Ecken des Spielfeldes oder die Wette auf eine der Zahlenspalten.

Sämtliche Wetten werden durch das Platzieren der Jetons auf das entsprechende Feld des Tableaus getätigt. Die jeweilige Gewinnquote kommt zustande, indem 36 durch die Anzahl der gewählten Zahlen dividiert und anschließend der Wert eins hiervon abgezogen wird. Neben den hier erläuterten Regeln des klassischen, französischen Roulettes bestehen diverse Abwandlungen. Die bekannteste ist das bereits erwähnte amerikanische Roulette, bei dem der Kessel etwas anders aussieht und die Gewinnwahrscheinlichkeit durch die Hinzufügung einer „Doppel-Null“ noch geringer ist als beim klassischen Roulette.⁸²⁶

bb) Black Jack

Ein sowohl in physischen als auch in Online-Casinos sehr beliebtes Kartenspiel ist Black Jack, dessen Ursprung sich wohl auf das beliebte französische Kartenspiel *vingt et un* des 17. Jahrhunderts zurückverfolgen lässt. Beim Black Jack – anders als beim bereits kurz angesprochenen Pokerspiel – spielen die einzelnen Spieler nicht gegeneinander, sondern jeder Einzelne spielt gegen den Croupier. Jeder Spieler erhält mindestens zwei Karten. Zu diesen zwei kann er nacheinander mehrere fordern. Ziel ist es, mit den ausgeteilten Karten näher an den Wert 21 heranzukommen als der Croupier mit seinen Karten, ohne diesen Wert dabei zu überschreiten. Wird der Wert 21 überschritten, hat der Spieler verloren.

Bis auf die vom Casino festgelegten Mindest- und Höchstesätze kann der jeweilige Spieler selbst bestimmen, um welchen Betrag er spielt. Dies tut er, indem er seinen Einsatz vor sich in die sogenannte Box setzt. Eher unüblich, aber von den Regeln her zulässig ist das Setzen von Wetten in der Box durch weitere Spieler. Diese können dann entsprechend ihren persönlichen Einsätzen auch gewinnen. Sie können aber keinen Einfluss auf die Anzahl der gezogenen Karten

⁸²⁶ Zur ausführlicheren Erläuterung der Regeln des Roulettes, vgl. *Wiebe*, Roulette.

nehmen, sondern müssen die Entscheidungen des Spielenden hinnehmen.

Nachdem alle Spieler sämtliche Karten erhalten haben, die sie ziehen wollen, zieht der Croupier seine zweite Karte. Ist der Gesamtwert seiner beiden Karten 17 oder höher, darf er keine weitere Karte ziehen. Ist der Wert der beiden Karten 16 oder niedriger, muss der Croupier eine dritte Karte ziehen. Übersteigt der Croupier hierdurch den Wert 21, so gewinnen alle Spieler. Ansonsten gewinnen diejenigen mit einem höheren, 21 nicht übersteigenden, Wert als der Croupier. Bei gleichem Kartenwert gewinnt der Spieler nichts, verliert jedoch auch seinen Einsatz nicht.

Neben diesen Grundregeln gibt es zahlreiche mögliche Nebenwetten, Erweiterungen und Abwandlungen, die an dieser Stelle den Rahmen der Ausführungen sprengen würden, da sie insbesondere keine Bedeutung für die Behandlung von Online-Casinospielen haben.

cc) Spielautomaten

Spielautomaten funktionieren auf eine sehr simple Art. Zumeist sind sie durch einen oder wenige Knöpfe zu bedienen. Das Bedienen der Knöpfe löst einen Prozess innerhalb des Spielautomaten aus, bei dem nach dem Zufallsprinzip ein Gewinn ausgeschüttet wird oder nicht. Diese Ausgestaltung lässt sich sehr einfach ins Internet verlagern. Wegen der sehr schnellen Spielabfolge besitzen solche Spiele auch eine hohe Attraktivität für Spieler.

2. Rechtliche Behandlung

Bei den soeben beschriebenen Spielvarianten herrscht Einigkeit, dass diese als Glücksspiele einzuordnen sind.⁸²⁷ Im Vergleich zu ihrem

⁸²⁷ Vgl. bspw. Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 9 f.

Pendant in der physischen Welt stellen die Online-Casinospiele – genau wie alle anderen Online-Glücksspiele – den Gesetzgeber jedoch aufgrund der Struktur des Internets vor neue Herausforderungen, welche eine effektive Gefahrenabwehr wesentlich erschweren können.⁸²⁸ Ein wesentliches Problem bei der Bekämpfung des illegalen Glücksspiels im Internet stellt die bereits im Zusammenhang mit der Frage der Anwendbarkeit des deutschen Rechts angesprochene Natur des Internets als grenzenunabhängiges Medium dar. *„Die weltweite Verfügbarkeit des Internet-Angebots und die territoriale Beschränkung der Hoheit der regulierenden Staaten stehen hier in einem Spannungsverhältnis, bei dessen Auflösung die rechtlichen Maßstäbe und die technischen Möglichkeiten gleichermaßen zu beachten sind.“*⁸²⁹ Die Anbieter von Glücksspielen im Internet erreichen grundsätzlich alle potenziellen Teilnehmer, unabhängig von dem Staat, in dem sie leben, und den dort geltenden Gesetzen. Auch innerhalb der Bundesrepublik Deutschland kann der universelle Zugriff auf Online-Glücksspielangebote problematisch sein. So ist der Erlass von Untersagungsverfügungen als Teil des Gefahrenabwehrrechts Ländersache, mit der Folge, dass eine (Landes-)Behörde lediglich verfügen kann, dass ein Anbieter das Angebot eines Glücksspiels im betreffenden Bundesland unterlässt. Diese Verfügung verbietet jedoch nicht das Angebot in einem anderen Bundesland. Gleiches gilt für die Erteilung von Konzessionen zum Betrieb einer Glücksspiel-Internetseite. Weitere Probleme ergeben sich durch die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder. Trotz des zurzeit in allen Bundesländern ratifizierten GlüStV hat der zunächst durch das Land Schleswig-Holstein eingeschlagene Sonderweg gezeigt, dass eine einheitliche Regelung zwischen den Ländern keine Selbstverständlichkeit ist. Bestehen jedoch unterschiedliche Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines Online-Glücksspielangebotes in unterschiedlichen Ländern, müsste das in einem Land erlaubte Angebot auch auf dieses Land beschränkt werden können.

Grundsätzlich ist eine einmal in das Internet eingestellte Information von jedem Ort auf der Welt aus abrufbar. Es stellt sich somit die Frage,

⁸²⁸ Vgl. *Ibler*, in: FS Götz, 421 (422).

⁸²⁹ *Winkelmüller/Kessler*, GewArch 2009, 181 (181).

welche Methoden geeignet sind und von Anbieter und Spielteilnehmer gefordert werden können, um eine Überdehnung erteilter Erlaubnisse in geografischer Hinsicht zu verhindern.

a) Funktionsweise der Geolokalisation

Ein von einigen Gerichten gefordertes Mittel zur Bekämpfung der durch die Grenzüberschreitung eines Online-Glücksspielangebotes verursachten Verbotsumgehungen ist die Geolokalisation. Geolokalisation – auch Geotargeting genannt – bezeichnet die Feststellung des geografischen Standortes eines Empfängers von Daten über das Internet.⁸³⁰ Die Geolokalisation findet immer im Zusammenhang mit der vom Service-Provider zugeteilten sogenannten IP (Internet Protocol)-Adresse statt. Die IP-Adresse wird entweder einmalig oder – und so ist es üblicher – bei jedem Einwählen in das Internet zugeteilt (sogenannte *dynamische IP*). Die IP-Adresse ist zu jedem Zeitpunkt jeweils nur einmal vergeben. Sie wird in der Regel als zwölfstellige Dezimalzahl dargestellt.

Bei der Ermittlung der Herkunft einer IP-Adresse kann auf verschiedene Arten vorgegangen werden. Eine Methode ist das sogenannte *Routing*. Vereinfacht dargestellt werden beim Routing verschiedene Zwischenhalte eines Datenpaketes ermittelt. Anhand dieser Route können Ort der Absendung und des Empfangs eingegrenzt werden.⁸³¹ Eine weitere Methode ist die Ermittlung von Antwortzeiten. Bei dieser Methode werden sogenannte *Pings* – also kurze Anfragen – an die zu lokalisierende IP-Adresse versendet und die Zeit bis zur Antwort gemessen. Aus dieser Zeitspanne kann die Entfernung der zwei betroffenen Rechner voneinander ermittelt werden. Diese Methoden werden hauptsächlich in der Werbung im Rahmen des Geo-Tagging eingesetzt, um dem Anwender individualisierte Werbeangebote zuzuspielen

⁸³⁰ Vgl. Hoeren, ZfWG 2008, 229 (229).

⁸³¹ Vgl. Hoeren, ZfWG 2008, 229 (230).

zu können. Zurzeit werben Software-Unternehmen mit einer 99,8%-igen Trefferquote auf nationaler Ebene und mit 89 % auf Stadtebene.⁸³²

b) Technische Grenzen

Es ist zurzeit noch umstritten, ob und in welchem Umfang eine Geolokalisation zur Zulassung eines Spielers dem Anbieter eines Online-Glücksspiels möglich und zumutbar ist.⁸³³ So halten einige Gerichte und Stimmen in der Literatur die Technologie inzwischen für ausreichend sicher und bezahlbar, dass sie eine geeignete Maßnahme zur Verhinderung des Zugangs aus Regionen, welche nicht von einer Erlaubnis umfasst sind, darstellt.⁸³⁴ Andere Gerichte sehen in den noch gegebenen Unsicherheitsfaktoren sowie in den noch hohen Kosten Gründe, die der Verhältnismäßigkeit solcher Auflagen widersprechen.⁸³⁵ Bei Annahme einer Unzumutbarkeit solcher Maßnahmen stellt sich jedoch die Frage nach der Rechtsfolge, da etwa die vollständige Untersagung der Nutzung einer in einem Bundesland erteilten Genehmigung wegen Verstoßes gegen das Glücksspielrecht anderer Bundesländer eine deutlich stärker belastende Maßnahme wäre als die Anwendung der Geolokalisation. Jedenfalls wird in Literatur und Rechtsprechung aber vorausgesetzt, dass bei Erkennbarkeit des Aufenthaltsortes eines Nutzers einer Internetseite auch eine entsprechende Sperrung eingerichtet werden kann.⁸³⁶

⁸³² Vgl. beispielsweise Maxmind Inc., abrufbar im Internet: <<http://www.maxmind.com/de/city>> (Stand: 13.06.2016).

⁸³³ Vgl. Hoeren, ZfWG 2008, 229 (229).

⁸³⁴ Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 3.12.2009 – 13 B 775/09, MMR 2010, 350-352 (352) und VGH München, Beschluss vom 24.01.2012 – 10 CS 11.1290, BeckRS 2012, 52681, Rn. 21.

⁸³⁵ Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 3.04.2009 – 11 ME 399/08, NVwZ 2009, 1241 (1243); ausdrücklich offengelassen von VG Göttingen, Beschluss vom 12.11.2009 – 1 B 247/09, NJW 2010, 885 (887) und Winkelmüller/Kessler, GewArch 2009, 181 (181), die diese Möglichkeit zwar für Service-Provider anerkennen, jedoch davon ausgehen, dass einzelne Anbieter von Inhalten im Internet nicht über die gleichen technischen Möglichkeiten verfügen.

⁸³⁶ Vgl. Winkelmüller/Kessler, GewArch 2009, 181 (181 ff.); OVG Münster, Beschluss vom 3.12.2009 – 13 B 775/09, MMR 2010, 350 (350 ff.).

Wie bei allen technischen Mitteln gibt es allerdings auch bei der Ermittlung einer IP-Adresse technische Grenzen und vor allem technische Gegenmittel zur Verhinderung der Geolokalisation. Die häufigste Methode zur Verdeckung der eigenen IP-Adresse und damit auch zur Verhinderung der Geolokalisation ist die Benutzung eines sogenannten Proxyserver. Ein Proxyserver ist ein Computer, der zwischen denjenigen des Nutzers und das Internet geschaltet wird. Er erweckt den Anschein, als würde der Proxyserver die Informationen anfordern, die wiederum – unbemerkt – an den eigentlichen Nutzer weitergeleitet werden können. Die ursprüngliche, beabsichtigte Funktion von Proxyservern war es, Datenverkehr einzusparen.⁸³⁷ Inzwischen gehört jedoch die Verdeckung der Herkunft einer Anfrage ebenfalls zu den Hauptfunktionen von Proxyservern.⁸³⁸

Proxyserver können allgemein durch den Internet Service Provider eingesetzt werden, wie es America Online (AOL) früher getan hat,⁸³⁹ oder vom einzelnen Nutzer verwendet werden, um in einer konkreten Situation seinen Standort zu verbergen. *Hoeren* verweist darauf, dass AOL als einziger Internet Service Provider in Deutschland Proxyserver zum Einsatz brachte und zieht aus dem Rückzug von AOL aus dem deutschen Markt den Schluss, dass Proxyserver somit kein Hindernis mehr für Anbieter von Online-Glücksspielen darstellen, den Standort ihrer Besucher/Nutzer zu ermitteln.⁸⁴⁰ Diese Schlussfolgerung greift jedoch zu kurz. Einerseits kann jederzeit ein neuer Internet Service Provider beschließen, seine Daten über Proxyserver laufen zu lassen. Andererseits bestehen vielfältige Möglichkeiten für einzelne Nutzer, Proxyserver einzuschalten, um ihren Standort zu verheimlichen.⁸⁴¹ Es stellt sich demnach die Frage, ob es für die Erfüllung eines Verbotes aus einem Bundesland ausreichend wäre – der Veranstalter also alles Erforderliche getan hätte –, wenn lediglich die Empfänger-IP aus

⁸³⁷ Vgl. Elektronik Kompendium, abrufbar im Internet: <<http://www.elektronik-kompendium.de/sites/net/1101221.htm>> (Stand: 13.06.2016).

⁸³⁸ Vgl. Lexikon IT-Wissen, abrufbar im Internet: <<http://www.itwissen.info/definition/lexikon/Proxy-Server-proxy-server.html>> (Stand: 13.06.2016).

⁸³⁹ Vgl. *Hoeren*, ZfWG 2008, 311 (311 f.).

⁸⁴⁰ Vgl. *Hoeren*, ZfWG 2008, 311 (312).

⁸⁴¹ Vgl. *Hoeren*, ZfWG 2008, 311 (312); Eine beispielhafte Liste möglicher Proxyserver, die von Privatpersonen kostenfrei genutzt werden können, findet sich im Internet: <<http://www.proxy4free.com/list/webproxy1.html>> (Stand 13.06.2016).

einem anderen Bundesland stammt,⁸⁴² oder ob darüber hinaus der Veranstalter dafür einzustehen hätte, dass der Endnutzer tatsächlich nicht aus dem Anwendungsbereich des Verbotes auf das Angebot zugreift. Im Sinne der dem Glücksspielrecht zugrunde liegenden Zielsetzung kann eigentlich nur die letztere Interpretation sein. Dies bedeutet jedoch, dass eine aufwendige Geolokalisation mit Proxyfiltern zur Anwendung kommen müsste, welche die Kosten eines Online-Glücksspielangebots deutlich erhöhen würde. Damit ist fraglich, ob die geografisch begrenzte Lizenzierung noch den Zweck erfüllen könnte, das Spielbedürfnis der Bevölkerung in zulässige Glücksspielangebote zu kanalisieren.

c) Rechtliche Grenzen

Bei der Frage, ob Geolokalisierung ein geeignetes Mittel ist, um den Zugang zu Online-Glücksspielen auf das Gebiet der Geltung einer Erlaubnis zu beschränken, darf nicht vergessen werden, dass sich auch die Geolokalisierung innerhalb der rechtlichen Grenzen bewegen muss. Von den Ortungsmaßnahmen betroffen ist insbesondere das Datenschutzrecht desjenigen, dessen Aufenthaltsort durch die technischen Maßnahmen ermittelt wird. Schließlich ist das Recht der informationellen Selbstbestimmung unmittelbarer Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und genießt somit einen hohen Stellenwert innerhalb der Rechtsordnung.⁸⁴³

aa) Anwendbare Datenschutzbestimmungen

Das Datenschutzrecht des BDSG kommt gemäß § 1 Abs. 2 BDSG immer dort zur Anwendung, wo personenbezogene Daten erhoben,

⁸⁴² So wohl das OVG Münster, Beschluss vom 3.12.2009 – 13 B 775/09, MMR 2010, 350 (352).

⁸⁴³ Vgl. *Spindler*, GRUR 2013, 996 (996).

verarbeitet oder genutzt werden. Das BDSG fungiert hierbei als Auffanggesetz, dessen Subsidiaritätscharakter gegenüber anderen Bundesvorschriften in § 1 Abs. 3 BDSG normiert ist.⁸⁴⁴ Als solches spezielleres Gesetz kommt das Telemediengesetz infrage, welches in seinem vierten Abschnitt Regelungen für die Erhebung und Verwendung von Nutzungs- und Bestandsdaten enthält. Hierzu müsste es sich bei dem Online-Glücksspielanbieter um einen Anbieter von Telemediendiensten i.S.d. § 1 TMG handeln. § 1 Abs. 1 TMG definiert den Begriff der Telemediendienste mithilfe eines positiven und dreier negativer Tatbestandsmerkmale. Positiv muss es sich zunächst um einen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst handeln. Hierbei handelt es sich um einen Oberbegriff für alle denkbaren Arten multimedialer Angebote.⁸⁴⁵ Das Anbieten von Glücksspielen über eine Website ist hiervon folglich umfasst. Es handelt sich überdies weder um eine ausschließliche Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG⁸⁴⁶ noch liegt ein telekommunikationsgestützter Dienst im Sinne des § 3 Nr. 25 TKG vor.⁸⁴⁷ Letztlich handelt es sich auch nicht um Rundfunk im Sinne des § 2 Abs. 1 RStV, sodass der Anwendungsbereich des TMG eröffnet ist.

bb) Eigenschaft der IP-Adresse als personenbezogenes Datum

Zur Beantwortung der Frage, ob das Datenschutzrecht durch die Geolokalisation betroffen ist, muss zunächst die Feststellung getroffen werden, dass personenbezogene Daten eine Rolle spielen. Wie soeben beschrieben, ist die zentrale Information, die bei der Geolokalisierung eine Rolle spielt, die IP-Adresse. Entscheidend ist somit, ob die IP-Adresse als personenbezogenes Datum einzustufen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass an der Datenverwertung im Falle einer

⁸⁴⁴ Vgl. Gola/Klug/Körffer, in: Gola/Schomerus, § 1 BDSG Rn. 23; Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster, § 12 TMG Rn. 8; Härting, Internetrecht, Rn. 193.

⁸⁴⁵ Vgl. Ricke, in: Spindler/Schuster § 1 TMG Rn. 4.

⁸⁴⁶ Vgl. zu dessen Voraussetzungen Ricke, in: Spindler/Schuster § 1 TMG Rn. 7.

⁸⁴⁷ Vgl. zu dessen Voraussetzungen Ricke, in: Spindler/Schuster § 1 TMG Rn. 8.

Geolokalisierung durch Glücksspielanbieter drei Parteien beteiligt sind: der Glücksspielanbieter, der Spieler und der Internet Service Provider, über den zunächst alle Daten geschleust werden. Dass es sich im Verhältnis von Service Provider und seinem Kunden, dem Internetnutzer, bei der IP-Adresse um ein personenbezogenes Datum handelt, ist inzwischen herrschende Meinung.⁸⁴⁸ Problematischer ist hingegen das Verhältnis zum Glücksspielanbieter.

Im Rahmen der datenschutzrechtlichen Auseinandersetzung rund um IP-Adressen ist Quelle der öffentlichen Aufmerksamkeit meist die Verwendung von Geolokalisierungstechniken zur Optimierung von Werbemaßnahmen. So können beispielsweise Werbebanner lokal passend auf einer aufgerufenen Seite eingeblendet werden.⁸⁴⁹ Die Überlegungen beim Online-Angebot eines Glücksspiels sind jedoch die gleichen, denn auch dort wird die IP-Adresse als Mittel erhoben, um den Aufenthaltsort des Nutzers zu ermitteln.

Da die personenbezogenen Daten im TMG nicht näher bestimmt sind, ist auf die Definition im BDSG zurückzugreifen.⁸⁵⁰

Nach § 3 Abs. 1 BDSG sind personenbezogene Daten „*Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person*“. Dabei sind Einzelangaben solche, die sich auf eine bestimmte Person beziehen oder einen Bezug zu einer bestimmten Person herstellen können.⁸⁵¹

Die IP-Adresse selbst besteht lediglich aus Ziffern. Für die Zuordnung zu einer bestimmten natürlichen Person bedarf es daher über die IP-Adresse hinausgehender Informationen. Nicht abschließend geklärt ist bislang die jüngst auch dem EuGH vorgelegte Frage,⁸⁵² ob es zur Bejahung der Bestimmbarkeit der Person auf die der konkreten Stelle vorliegenden Daten ankommt (relative Bestimmbarkeit) oder ob es

⁸⁴⁸ Vgl. Meyerdierks, MMR 2009, 8 (9); Krüger/Maucher, MMR 2011, 433 (433); Gola/Klug/Körffner, in: Gola/Schomerus, § 3 Rn. 10a.

⁸⁴⁹ Vgl. Krüger/Maucher, MMR 2011, 433 (433).

⁸⁵⁰ Vgl. Schmitz, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Teil 16.2 Rn. 100; Moos, in: Taeger/Gabel, § 12 TMG Rn. 5.

⁸⁵¹ Gola/Klug/Körffner, in: Gola/Schomerus, § 3 BDSG Rn. 3.

⁸⁵² Zum Vorlagebeschluss vgl. BGH, Beschluss vom 28.10.2014 – VI ZR 135/13, GRUR 2015, 192 (192 ff.). Vgl. jüngst auch EuGH, Schlussantrag (EuGH) vom 12.05.2016 – Rs. C-582/14 (Breyer), BeckRS 2016, 81027.

ausreicht, dass ein Dritter über dieses Zusatzwissen verfügt (absolute Bestimmbarkeit).⁸⁵³

Eine Entscheidung dieser Frage kann jedenfalls dann dahinstehen, wenn die verarbeitende Stelle bereits über sämtliche zur Bestimmung erforderlichen Daten verfügt.

Der Spielteilnehmer muss sich beim Glücksspielanbieter in der Regel unter Angabe seines Namens, seiner Anschrift und weiterer Daten registrieren. Dem Glücksspielanbieter stehen somit sämtliche Informationen zur Verfügung, um die IP-Adresse einer bestimmten Person zuzuordnen. Sinn und Zweck der Maßnahme ist gerade die Zuordnung der IP-Adresse zu einer konkreten Person. Wenn also die verarbeitende Stelle derart einen unmittelbaren Personenbezug herstellen kann, muss es sich in diesem Kontext bei der IP-Adresse auch um ein personenbezogenes Datum handeln.⁸⁵⁴

cc) Zwischenfazit

Das TMG ist einschlägig. Erlaubt ist die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten somit lediglich in den ausdrücklich im Gesetz normierten Fällen und bei Vorliegen einer wirksamen Einwilligung des Betroffenen.⁸⁵⁵

(1) § 14 TMG

Genannt werden in § 14 Abs. 1 TMG die sogenannten Bestandsdaten. Bestandsdaten sind laut der Legaldefinition in § 14 Abs. 1 TMG per-

⁸⁵³ Vgl. zum Meinungsstand *Nink/Pohle*, MMR 2015, 563 (564 ff.); *Bergt*, ZD 2015, 365 (365 ff.).

⁸⁵⁴ Vgl. *Krüger/Maucher*, MMR 2011, 433 (436).

⁸⁵⁵ Vgl. § 12 Abs. 1, 2 TMG. Die Vorschrift regelt auch, dass andere Gesetze die Datenverarbeitung zulässig machen können, wenn sie ausdrücklich auf Telemedien verweisen. Dies ist bislang jedoch nicht der Fall, sodass es bei den unmittelbar im TMG geregelten Fällen und der Einwilligung bleibt; vgl. *Zscherpe*, in: *Taeger/Gabel*, § 14 TMG Rn. 2.

sonenbezogene Daten, die „für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Diensteanbieter und dem Nutzer über die Nutzung von Telemedien erforderlich sind“.

Voraussetzung ist somit, dass die IP-Adresse und in Konsequenz der Aufenthaltsort des Nutzers ein für den Vertragsschluss zwischen Glücksspielanbieter und Nutzer notwendiges Datum – also ein Bestandsdatum – darstellt. Wie der Begriff der Erforderlichkeit in § 14 TMG auszulegen ist, ist umstritten.⁸⁵⁶ Einige plädieren für ein weites Begriffsverständnis, wonach sämtliche Daten, die für den Vertrag und dessen ordnungsgemäße Ausführung förderlich sind, erhoben werden dürfen.⁸⁵⁷ Diese Interpretation wird vorwiegend darauf gestützt, dass auch in anderen Bereichen des Datenschutzrechts ein weites Verständnis des Begriffs der „Erforderlichkeit“ vorherrscht.⁸⁵⁸ Vorzugswürdig ist jedoch die Gegenauffassung, die zum Schutz der Verbraucher und Nutzer von Telemedien ein enges Begriffsverständnis zugrunde legt, bei dem Erforderlichkeit im Sinne einer Unerlässlichkeit zu verstehen ist.⁸⁵⁹ Diese Auffassung wird auch durch die Gesetzesbegründung des TDDSG (dem Vorgänger des TMG bezüglich Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Telediensten) gestützt, in der sogar der Begriff „*unerlässlich*“ verwandt wird. Dort heißt es wörtlich:

„als Bestandsdaten sind aber **in jedem Falle nur solche** anzusehen, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung des Vertrages über die Inanspruchnahme von Telediensten mit dem Diensteanbieter **unerlässlich** sind.“ [Hervorhebung durch den Verfasser]⁸⁶⁰

Angesichts dieser klaren gesetzgeberischen Intention kann die Erforderlichkeit nur im Sinne einer Unerlässlichkeit verstanden werden. Die

⁸⁵⁶ Vgl. Zscherpe, in: Taeger/Gabel, § 14 TMG Rn. 29 ff.

⁸⁵⁷ So Zscherpe, in: Taeger/Gabel, § 14 TMG Rn. 31 m.w.N.

⁸⁵⁸ Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster, § 14 TMG Rn. 4.

⁸⁵⁹ Vgl. Dix, in: Roßnagel, § 5 TDDSG Rn. 36.

⁸⁶⁰ BT-Drs. 13/7385, S. 24.

Argumentation der Gegenseite, dass die Gesetzesbegründung insoweit „*missverständlich*“ sei,⁸⁶¹ ist nicht nachzuvollziehen und dient lediglich der Übergehung des unzweideutigen gesetzgeberischen Willens.

Damit müssen die Daten – in diesem Falle die IP-Adresse – für den Vertragsschluss oder die Vertragsausführung unerlässlich sein. Bei der IP-Adresse muss dies stark angezweifelt werden. Erforderlich für die Ausführung des Spielvertrages ist das Bestehen einer Internetverbindung. Deshalb wird eine IP-Adresse zwingend vorhanden sein. Die Kenntnis der präzisen IP-Adresse des jeweiligen Spielers ist jedoch weder für die Teilnahme am Spiel noch für die Bezahlung erforderlich. Sie dient lediglich der Feststellung des Aufenthaltsortes des Spielers, eine Information, die zwar für die Feststellung der Zulässigkeit der Spielteilnahme entscheidend, aber für die Vertragsausführung nicht von Bedeutung ist. Denkbar ist, dass der Glücksspielanbieter die Erhebung der IP-Adresse zur Vertragsbedingung macht. Dies macht diese Daten jedoch nicht erforderlich im Sinne des Gesetzes, denn die Erforderlichkeit kann nicht in das Belieben des Diensteanbieters gestellt werden,⁸⁶² da anderenfalls die Regelung des § 14 TMG vollständig durch den Diensteanbieter ausgehebelt werden könnte.

Somit handelt es sich bei der IP-Adresse nicht um ein für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Diensteanbieter und dem Nutzer über die Nutzung von Telemedien erforderliches Datum. Eine Erhebung oder Speicherung nach § 14 TMG ist somit nicht zulässig.

(2) § 15 TMG

§ 15 TMG bestimmt, unter welchen Bedingungen sogenannte Nutzungsdaten erhoben oder verwendet werden dürfen. Sie dürfen nur erhoben oder verwendet werden, soweit dies erforderlich ist, um die

⁸⁶¹ So Zscherpe, in: Taeger/Gabel, § 14 TMG Fn. 45.

⁸⁶² Hullen/Roggenkamp, in: Plath, § 14 TMG Rn. 12.

Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen (§ 15 Abs. 1 S. 1 TMG). Im Unterschied zu § 14 enthält § 15 Abs. 1 zudem einen nicht abschließenden Katalog von Nutzungsdaten. Hier sind genannt: Merkmale zur Identifikation des Nutzers, Angaben über Beginn und Ende sowie des Umfangs der jeweiligen Nutzung und Angaben über die vom Nutzer in Anspruch genommenen Telemedien. Die Nutzungsdaten unterteilen sich in zwei Gruppen, die Daten zur Abrechnung und die Nutzungsdaten im engeren Sinne.⁸⁶³ Da es sich bei der IP-Adresse wohl nicht um ein Datum, das zur Abrechnung erforderlich ist, handelt,⁸⁶⁴ soll im Folgenden lediglich auf die Nutzungsdaten im engeren Sinne eingegangen werden.

Nutzungsdaten im engeren Sinne sind solche, die die Inanspruchnahme der Telemedien ermöglichen, also solche, die während der Nutzung des Telemediendienstes anfallen und die Interaktion zwischen den Parteien abbilden.⁸⁶⁵ Sie können sich gegebenenfalls auch mit den Bestandsdaten überschneiden.⁸⁶⁶ Statische IP-Adressen, die aber regelmäßig nicht vom Internet Service Provider an Einzelnutzer vergeben werden, zählen nach ganz herrschender Meinung zu den Merkmalen zur Identifikation⁸⁶⁷ und somit zu den Nutzungsdaten im engeren Sinne, da sie fest einem Nutzer zugeordnet sind. Fraglich ist jedoch, ob auch dynamische IP-Adressen, wie sie bei Einzelnutzern üblich sind, den Nutzungsdaten im engeren Sinne zuzuordnen und damit für die Inanspruchnahme der Telemedien erforderlich sind. Bei der dynamischen IP-Adresse handelt es sich bereits deshalb um ein Nutzungsdatum, da ihre Abfrage aufgrund der Tatsache, dass sie jedes Mal neu vergeben wird, immer nur im Zusammenhang mit einer konkreten Nutzung sinnvoll ist.

Die Erhebung der IP-Adresse wird für die meisten Telemediendienste erforderlich sein, da nur durch die IP-Adresse das Ziel des jeweiligen

⁸⁶³ Vgl. *Zscherpe*, in: Taeger/Gabel, § 15 TMG Rn. 14 ff.

⁸⁶⁴ So auch *Spindler/Nink*, in: Spindler/Schuster, § 15 TMG Rn. 15, die es für ausreichend für die Abrechnung erachten, dass Kundennummer und Nutzungsdauer gespeichert werden; a.A. Regierungspräsidium Darmstadt, Datenschutzrechtliche Beurteilung vom 14.01.2003 – II 21.4-3v-04/03-043/02, MMR 2003, 213.

⁸⁶⁵ *Zscherpe*, in: Taeger/Gabel, § 15 TMG Rn. 16.

⁸⁶⁶ Vgl. *Hullen/Roggenkamp*, in: Plath, § 15 TMG Rn. 5.

⁸⁶⁷ Vgl. beispielsweise *Spindler/Nink*, in: Spindler/Schuster, § 15 TMG Rn. 2.

Datenpakets bestimmt werden kann.⁸⁶⁸ Damit wäre eine Erhebung der IP-Adresse gemäß § 15 Abs. 1 TMG zunächst zulässig. Nicht für die Erbringung des Telemediendienstes erforderlich und damit auch nicht von § 15 TMG erfasst ist jedoch die Bestimmung des konkreten Standortes anhand der IP-Adresse. Es muss nämlich *jede einzelne* Nutzung erforderlich sein, damit sie zulässig ist.⁸⁶⁹ Die IP-Adresse muss genutzt werden, um das Datenpaket zu lenken. Sie muss jedoch nicht zwingend genutzt werden, um den Aufenthaltsort des Nutzers zu ermitteln. Hier gilt das oben zu den Bestandsdaten Gesagte entsprechend. Somit erlaubt auch § 15 TMG die Geolokalisation nicht.

(3) Einwilligung

In Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Erlaubnis zur Nutzung der IP-Adresse zur Geolokalisation bleibt gemäß § 12 Abs. 1 TMG lediglich die Möglichkeit der Einwilligung durch den Nutzer. Die inhaltlichen Anforderungen an die Einwilligung legt § 4a BDSG fest,⁸⁷⁰ mit der Ergänzung, dass auch eine Einwilligung in elektronischer Form unter bestimmten Umständen genügt.⁸⁷¹ An sich spricht nichts gegen die Möglichkeit einer Einwilligung in die Erhebung und Verwendung der IP-Adresse zur Geolokalisation. Problematisch ist, dass solche Einwilligungen häufig im Rahmen der Zustimmung zu den AGB des Diensteanbieters erfolgen. Hierbei besteht die Gefahr der Fremdbestimmung,⁸⁷² mit der Folge der Unwirksamkeit der erteilten Einwilligung.⁸⁷³ Deshalb bestimmt auch § 4a Abs. 1 S. 4 BDSG, dass die Einwilligung besonders hervorzuheben ist, wenn sie zusammen mit anderen Erklärungen erteilt wird. Die Klausel muss dann aber ausdrücklich auf die Geolokalisierung unter Anwendung der IP-Adresse und

⁸⁶⁸ Zscherpe, in: Taeger/Gabel, § 15 TMG Rn. 34.

⁸⁶⁹ Vgl. Tinnefeld/Buchner, in: Wolff/Brink, Grundlagen und bereichsspezifischer Datenschutz – Medien, Rn. 89.

⁸⁷⁰ Zscherpe, MMR 2004, 723 (727).

⁸⁷¹ § 13 Abs. 2 TMG.

⁸⁷² Taeger, in: Taeger/Gabel, § 4a BDSG Rn. 22.

⁸⁷³ Vgl. § 4a Abs. 1 S. 1 BDSG, „Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht.“

des Nutzungsgrundes hinweisen und darf nicht missverständlich sein.⁸⁷⁴

Unter diesen Voraussetzungen können somit die grundsätzlich bestehenden datenschutzrechtlichen Bedenken gegen die Geolokalisierung ausgeräumt werden.

3. Fazit

Die Online-Casinospiele können – wie physische Casinospiele – unproblematisch unter den Glücksspielbegriff subsumiert werden. Die Schwierigkeiten für den Gesetzgeber rühren hier vielmehr aus den technischen Besonderheiten des Veranstaltungsortes Internet. Wurden bisher vor allem die besonderen Suchtgefahren beleuchtet, die beim Spielen im Internet bestehen, so wurde am Beispiel der Online-Casinospiele aufgezeigt, dass die technischen Aspekte des Internets den Gesetzgeber gerade auch bei der Frage der Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit von Begrenzungen vor neue Herausforderungen stellt.

Angesichts dieser rein praktischen Schwierigkeiten scheint zurzeit die Lösung über eine Verpflichtung zur Verwendung einer Geolokalisationssoftware einen gangbaren Weg darzustellen, bei dem eine höchstmögliche Effektivität der Gefahrenabwehr erreicht werden kann. Es ist davon auszugehen, dass sich die technischen Ausgestaltungen im Bereich der Geolokalisation – vorangetrieben durch wirtschaftliche Interessen im Bereich der Werbung und des Marketing – kontinuierlich verbessern werden und auch die Kosten für den Einsatz solcher Mittel stetig sinken werden. Somit kann es einem Anbieter von Glücksspielen zugemutet werden, sein Angebot lediglich für Personen im Geltungsbereich seiner Erlaubnis verfügbar zu machen. Dass dies möglich ist, zeigt auch die Nutzung zum Schutz von Urheberrechten bei TV-Produktionen aus den USA. Die Sender verhindern einen Zugriff auf ihre Mediatheken aus anderen Ländern, um ihre Lizenzeinnahmen

⁸⁷⁴ Vgl. *Plath*, in: *Plath*, § 4a BDSG Rn. 45.

nicht zu gefährden.⁸⁷⁵ Verbleiben werden dennoch die bestehenden Schwierigkeiten der Verfolgbarkeit von Verstößen gegen die Erlaubnispflicht durch Anbieter mit Sitz im Ausland, sofern diese die Geolokalisation nicht anwenden.

⁸⁷⁵ So erfolgt beispielsweise bei Aufruf der Seite <http://abc.go.com/shows/modern-family/episode-guide/season-07/22-double-click> der Hinweis, dass das angefragte Video aus dem Land des Zugriffs nicht angesehen werden kann („*You appear to be outside the United States or its Territories. Due to international rights agreements, we only offer this video to viewers located within the United States and its territories.*“) (Stand: 13.06.2016).

III. Gewinnspiele

Die Gewinnspielsatzung definiert ein Gewinnspiel in § 2 Nr.1 als einen Bestandteil eines Rundfunkprogramms oder eines Telemedienangebotes, der den Nutzern im Falle der Teilnahme die Möglichkeit auf den Erhalt eines Vermögenswertes, insbesondere in Form von Geld, Waren oder Dienstleistungen, bietet. Damit ist jedoch nicht geklärt, ob die Spiele selbst auch Glücksspiele darstellen. Vielmehr umfasst der Gewinnspielbegriff sowohl zufallsabhängige Spiele als auch Geschicklichkeitsspiele.⁸⁷⁶ § 8a des RStV erklärt Gewinnspiele für zulässig. Die für das Thema dieser Arbeit interessantere Norm ist jedoch der „*unscheinbare*“⁸⁷⁷ § 58 Abs. 4 RStV, in dem es heißt: „*Für Gewinnspiele in vergleichbaren Telemedien (Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind) gilt § 8a entsprechend*“. Die hieraus folgende Zulässigkeit von Internetgewinnspielen beim zeitgleich normierten grundsätzlichen Verbot von Glücksspielen wirft Fragen hinsichtlich der Abgrenzung des Online-Gewinnspiels vom Online-Glücksspiel bzw. überhaupt der Anwendbarkeit der verschiedenen Staatsverträge auf. Zum besseren Verständnis der Einzel- und Besonderheiten im Zusammenhang mit Internetgewinnspiel soll zunächst eine Darstellung der Funktionsweise von klassischen Gewinnspielen aus dem Kernbereich des Rundfunks erfolgen sowie deren rechtliche Behandlung analysiert werden. Anschließend wird aufgezeigt, inwiefern diese Zuordnung auch auf Gewinnspiele Anwendung finden darf, die im Internet angeboten werden.

1. Darstellung der Funktionsweise

Entscheidend für die Verbreitung des Gewinnspiels war die Notwendigkeit der Rundfunkbetreiber, Einnahmen zu erzielen. Traditionell war

⁸⁷⁶ Vgl. Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 2 GlüStV Rn. 25.

⁸⁷⁷ Gummer, ZUM 2011, 105 (107 f.).

die Finanzierung ihres Angebotes für die privaten Sender auf zwei Wegen zu erreichen: zum einen durch Erlöse aus Fernsehwerbung – der Haupteinnahmequelle aller privaten Rundfunkanbieter –, zum anderen durch eine direkte Bezahlung von Programmen oder Programmpaketen durch den Zuschauer, wie dies aus dem PayTV-Bereich bekannt ist.⁸⁷⁸ In der jüngeren Vergangenheit wächst jedoch auch die Bedeutung der Zuschauerbeteiligung für die Einkunftserzielung dieser Sender. Hierbei sind verschiedene Ausgestaltungen der Zuschauerbeteiligung entstanden. Neben kostenpflichtigen Beratungsangeboten oder Tele-Dialog (TED)-Umfragen ist dies vor allem ein breites Angebot an Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen, welche dem Zuschauer eine Teilnahme durch Nutzung kostenpflichtiger Dienste ermöglichen. Wenig überraschend ist die letztere, die am häufigsten anzutreffende Beteiligungsmöglichkeit, knüpft sie doch an das eingangs beschriebene Urbedürfnis des Menschen – seinen Spieltrieb – an.⁸⁷⁹ Diese Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen haben mit der Zeit verschiedene Ausgestaltungsvarianten erfahren. Unabhängig davon, ob es sich um ein einzelnes, das Hauptprogramm lediglich begleitendes Gewinnspiel oder um ganze Gewinnspielsendungen⁸⁸⁰ handelt, bei denen Gewinnspiele den gesamten Inhalt des Programmes bilden – wie es etwa bei den Programmformaten des Fernsehsenders 9Live⁸⁸¹ der Fall war –, bleibt die Zielsetzung der Veranstalter dieselbe: eine höchstmögliche Beteiligung der Zuschauer, zum Ziele der Einnahmensteigerung.

Um diese angestrebte kostenpflichtige Massenbeteiligung an den Gewinnspielen zu ermöglichen, schließen die Veranstalter in der Regel Verträge mit Telekommunikationsdienstleistern ab, welche die bereits

⁸⁷⁸ In jüngster Zeit wird auch der Versuch unternommen, durch die Vermarktung und den Lizenzverkauf an eigenen TV-Produktionen neue Einkommensquellen zu generieren. In Deutschland spielt diese schwer prognostizierbare Einnahmequelle jedoch (noch) keine große Rolle, vgl. FRAPA Report 2011; vgl. zu anderen neuen Einnahmequellen auch *Goldhammer*, Call-Media in Europa, S. 24 ff.

⁸⁷⁹ Vgl. *Jaeger-Lenz*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 7 und VG Berlin, Beschluss vom 17.08.2009 – VG 4 L 274.09, MMR 2009, 794 (795).

⁸⁸⁰ Vgl. § 2 Gewinnspielsatzung.

⁸⁸¹ 9Live erwuchs aus dem Sender TM3 und wurde laut *Gummer* „systematisch zu einem Transaktionssender umgeformt“, ZUM 2011, 105 (105). 9Live hat den Sendebetrieb zum 9.08.2011 eingestellt.

im Rahmen der Ausführungen zum Einsatzbegriff erwähnten Rufnummern für den Massenverkehr zu bestimmten Zielen (MABEZ) betreiben.⁸⁸² Je nach technischer Ausgestaltung sind durch die Nutzung von MABEZ-Rufnummern bis zu 96.000 Anrufe pro Minute auf eine einzige Telefonnummer möglich.⁸⁸³ Die technische Vorrichtung, die eine solch hohe Auslastungskapazität ermöglicht, ist ein vorgeschalteter Filter. Zwar wird jeder Anruf registriert und ist kostenpflichtig, allerdings schaltet der Filter nur jeden 25. Anrufer durch. Aus diesen 4 % der Anrufer wird dann durch ein weiteres Zufallsverfahren derjenige ermittelt, der die Möglichkeit bekommt, die Gewinnspielaufgabe zu lösen. Die übrigen Anrufer hören die aufgezeichnete Mitteilung, dass sie nicht gewonnen haben, gefolgt von der Angabe der angefallenen Anruferkosten.⁸⁸⁴ Diese Gebühren – pro Minute oder pro Anruf – bestimmen sich anhand der ersten auf die Vorwahl 0137 folgenden Ziffer. Die angefallenen Gebühren werden zwischen dem Netzbetreiber und dem Inhaltenanbieter anhand eines vertraglich vereinbarten Verteilungsschlüssels aufgeteilt, wobei bis zu 70 % der (Brutto-)Gebühren dem Inhaltenanbieter (Mehrwertdienstleister) zufließen.⁸⁸⁵ Insofern ist die Popularität solcher Angebote bei den Rundfunkveranstaltern keineswegs überraschend.

2. Rechtliche Behandlung

Mit dem Siegeszug solcher Spiele ging auch das Bedürfnis zur Schaffung eines rechtlichen Rahmens einher, in welchen Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen eingebettet werden.

⁸⁸² Vgl. hierzu oben Abschnitt D II 3 c.

⁸⁸³ Jedenfalls bei Nutzung von MABEZ-Nummern des Typs 5. Für eine Übersicht der verschiedenen Typen und Kapazitäten vgl. http://www.aknn.de/fileadmin/uploads/oeffentlich/Spezifikation_MABEZ_v200_.pdf (Stand: 13.06.2016).

⁸⁸⁴ *Ernst*, MMR 2005, 735 (736) verweist auf den im Detail unterschiedlichen Ansageninhalt im „Hot-Button“- und im Anrufbeantworter-Modus. Die Filterquote von 96 % ist jedoch unabhängig von der Art der Ausgestaltung und der Frage, ob das Gewinnspiel mit einer Umfrage verknüpft ist. Zur Funktionsweise beider Verfahren siehe auch *Gabriel/Barth*, VuR 2006, 301 (301).

⁸⁸⁵ *Goldhammer*, Call-Media in Europa, S. 34.

a) Gesetzliche Voraussetzungen

Als gesetzliche Bestimmungen der Zulässigkeit und Grenzen von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen kommen vor allem die Staatsverträge der Länder zum Glücksspiel und zum Rundfunk in Betracht. Maßgeblich ist somit auch das Anwendungsverhältnis dieser Regelungswerke zueinander. Der RStV geht in seinem § 8a I 1 von einer grundsätzlichen Zulässigkeit von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen aus. Die Veranstaltung von Glücksspielen ist durch die §§ 4 ff. des GlüStV als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Deshalb hängt die Zulässigkeit nach GlüStV davon ab, ob diese Spiele als Glücksspiele einzuordnen sind. Darüber hinaus können auch Normen des Strafgesetzbuchs sowie der Gewerbeordnung die Zulässigkeit solcher Spiele tangieren.

aa) Glücksspielcharakter der Gewinnspiele

Wie oben ausführlich erläutert, kommt es nach herrschender Meinung für die Zuordnung eines Spiels zum Bereich der unerlaubten Glücksspiele unter anderem auf die Frage an, ob die Entscheidung über Gewinn und Verlust überwiegend vom Zufall abhängt.⁸⁸⁶ Bei Gewinnspielen ist häufig ein Element enthalten, das maßgeblich von den Fähigkeiten oder Kenntnissen des Teilnehmers abhängt, zum Beispiel die Beantwortung einer Quizfrage, das Auffinden von Wörtern in einem Rätsel oder Ähnliches. Allerdings darf der Kandidat an diesem Teil des Spiels erst teilnehmen bzw. seine Antwort findet erst Berücksichtigung, wenn sein Anruf oder seine SMS aus denen der vielen Teilnehmer ausgewählt wird. Die Auswahl des Teilnehmers erfolgt – wie eingangs beschrieben – regelmäßig nach dem Losprinzip, also zufällig. Entsprechend spielen die Fähigkeiten und Kenntnisse des Teilneh-

⁸⁸⁶ Vgl. hierzu oben, Abschnitt D I.

mers in dieser ersten Spielphase überhaupt keine Rolle. Es entscheidet allein der Zufall, welcher Teilnehmer ausgewählt wird und seine Antwort abgeben darf.⁸⁸⁷

Damit enthalten die Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen des Rundfunks häufig sowohl Elemente des Geschicks wie auch solche des Zufalls. Die wesentliche Frage ist somit die nach dem Schwerpunkt der Entscheidung über Gewinn und Verlust.⁸⁸⁸ Hierzu werden verschiedene Meinungen vertreten.

(1) Meinungsstreit über die Frage der Zufallsabhängigkeit

Eine Ansicht stellt darauf ab, dass die Chancengleichheit im Moment des Anrufens aufgrund der zufälligen Auswahl für alle Teilnehmer gleich sei. Aus diesem Grunde sei der Gewinn ausschließlich von der sich anschließenden Aufgabe und somit den persönlichen Fähigkeiten des Anrufers abhängig.⁸⁸⁹ Hiergegen kann jedoch eingewendet werden, dass bei allen Glücksspielen die Chancen zunächst gleich sind. Auch *Ernst* verneint die überwiegende Zufallsabhängigkeit des Gewinns, allerdings mit leicht anderer Begründung.⁸⁹⁰ Ein Wissensquiz sei stets ein Geschicklichkeitsspiel.⁸⁹¹ Als Argument dient ihm hierbei ein Urteil des OLG München, bei dem der Ausschluss auffallend häufig erfolgreicher Gewinner von der Teilnahme an weiteren Gewinnspielen durch den Veranstalter, der aus wirtschaftlichen Gründen handelte, als sachlich gerechtfertigt bewertet wurde.⁸⁹² Die Tatsache, dass es solche auffallend oft erfolgreichen Gewinner gibt und das wirtschaftliche Erfordernis des Veranstalters, diese von weiteren Teilnahmen auszuschließen, sprächen dafür, dass geistige Fähigkeiten die

⁸⁸⁷ Es gibt auch Spiele, in denen der tausendste Anrufer gewinnt. Diese erfüllen aufgrund ihrer ausschließlichen Zufallsabhängigkeit, vorausgesetzt, es wird ein erheblicher Einsatz geleistet, stets den Glücksspielbegriff, vgl. *Gabriel/Barth*, VuR 2006, 301 (303).

⁸⁸⁸ Vgl. *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142 (143); *Schulz*, CR 2006, 164 (166); a.A. *Müller*, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 127.

⁸⁸⁹ *Müller*, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 127.

⁸⁹⁰ *Ernst*, NJW 2006, 186 (188).

⁸⁹¹ *Ernst*, MMR 2005, 735 (738).

⁸⁹² OLG München, Urteil vom 28.07.2005 – U (K) 1834/05, MMR 2005, 774 ff.

Entscheidung über Gewinn und Verlust maßgeblich bestimmten.⁸⁹³ Bereits die Vorinstanz stellte fest, dass nicht lediglich Glück „*belohnt*“, sondern die Entscheidung über Gewinn oder Verlust durch die geistige Leistung der Teilnehmer bestimmt werde.⁸⁹⁴ Durch die eingangs beschriebene technische Ausgestaltung sei zwar auch eine „*teilweise*“ Zufallsabhängigkeit gegeben, jedoch attestiert das LG München, welches über die rechtliche Einordnung von Telefongewinnspielen als Spiel im Sinne des § 762 BGB bzw. als Preisauslobung gemäß §§ 657, 661 BGB zu entscheiden hatte, dem Rechtsverhältnis einen schwerpunktmäßig auslobenden Charakter.⁸⁹⁵ Bei der Abgrenzung zwischen Spiel und Auslobung liegt Spiel im Sinne des § 762 BGB dann vor, wenn keine wirkliche Leistung gefordert wird, sondern die gestellte Aufgabe von jedermann ohne Mühe gelöst werden kann.⁸⁹⁶ Diese zivilrechtliche Abgrenzung – wenngleich sie eine andere Zielsetzung verfolgt – umfasst im Kern die gleichen Kriterien wie die Abgrenzung Glück/Geschicklichkeit, die für die Zuordnung zu den Glücksspielen von Bedeutung ist. Insoweit können die Überlegungen des LG München zur Einordnung von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen auch in diesem Kontext fruchtbar gemacht werden. *Gummer* hingegen geht unabhängig von der Ausgestaltung der Gewinnspiele stets von deren überwiegender Zufallsabhängigkeit aus.⁸⁹⁷ Rundfunkprogramme seien definitionsgemäß an die Allgemeinheit gerichtet, wodurch die Anzahl der potenziellen Mitspieler nur schwer zu begrenzen sei. Eine diskriminierungsfreie Vorauswahl der Teilnehmer – und damit der Schwerpunkt des gesamten Spiels – sei somit zufallsabhängig.⁸⁹⁸

⁸⁹³ *Ernst*, NJW 2006, 186 (188).

⁸⁹⁴ LG München I, Urteil vom 21.12.2004 – 33 O 15954/04, MMR 2005, 389 (390).

⁸⁹⁵ LG München I, Urteil vom 21.12.2004 – 33 O 15954/04, MMR 2005, 389 (390); kritisch gegenüber einer solch großzügigen Zuordnung von Fernsehspielen zur Auslobung *Kotzian-Marggraf*, in: Bamberger/Roth, § 657 Rn. 4.

⁸⁹⁶ *Engel*, in: Staudinger, § 762 Rn. 5; *Kornblum*, JuS 1981, 801 (802).

⁸⁹⁷ *Gummer*, ZUM 2011, 105 (105). Als „*meist vom Zufall abhängig*“ klassifizieren sie auch *Lober/Neumüller*, MMR 2010, 295 (296).

⁸⁹⁸ *Gummer*, ZUM 2011, 105 (105).

(2) *Entscheidung des Meinungsstreites*

Vorzugswürdig scheint ein differenzierender Ansatz, bei dem die Zuordnung der Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen zu den Glücksspielen nicht pauschal, sondern im Einzelfall anhand der konkreten Spielgestaltung vorgenommen wird.⁸⁹⁹ Danach wäre in jedem Einzelfall abzuwägen, ob schwerpunktmäßig die zufällige Auswahl aus allen Kandidaten oder die Abgabe einer richtigen Lösung für die Ausschüttung des Gewinns maßgeblich ist. So ist es durchaus denkbar, dass ein Spiel derart aufgebaut ist, dass viele der Teilnehmer ausgewählt werden, um eine Antwort auf eine außerordentlich schwierige Quizfrage zu geben. In einer solchen Konstellation wäre der Zufallsfaktor weniger entscheidend. Gleichzeitig wäre das Wissenselement von enormer Bedeutung, da der Gewinn letztlich von der richtigen Beantwortung abhinge. Ebenso sind Konstellationen vorstellbar – und zumindest im Fernsehen sehr üblich –, bei denen die gestellten Aufgaben überaus leicht zu bewältigen sind (dies nicht zuletzt auch aufgrund der Möglichkeit der Zuhilfenahme von Ressourcen wie dem Internet, das inzwischen vielen Zuschauern zur Verfügung steht), bei denen die eigentliche Herausforderung darin besteht, durch das Losprinzip ausgewählt zu werden. Aufgrund der weiteren Voraussetzungen eines *strafbaren* Gewinnspiels ist diese Rechtsunsicherheit zugunsten einer angemessenen Berücksichtigung des Einzelfalles hinzunehmen. Aufgrund des an früherer Stelle Ausgeführten ist auch insbesondere die Problematik der Bestimmung eines „Durchschnittswissens“ kein Grund, jeglichen noch so kleinen intellektuellen Aufwand für die Annahme eines Geschicklichkeitsspiels genügen zu lassen.⁹⁰⁰ Dem Gewinnspielbegriff unterfallen, soweit ein relevanter Einsatz vorliegt, neben Geschicklichkeits- somit auch Glücksspiele.⁹⁰¹ Dies führte zu einer intensiven rechtspolitischen Auseinandersetzung bezüglich des Anwendungsverhältnisses von GlüStV und RStV, da insbeson-

⁸⁹⁹ Vgl. *Bahr*, WRP 2002, 501 (506); so wohl auch *Noltenius*, wistra 2008, 285 (287).

⁹⁰⁰ Hierfür plädiert jedoch *Ernst*, MMR 2005, 735 (739).

⁹⁰¹ Vgl. *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, § 2 GlüStV Rn. 25.

dere bei Annahme eines – von dieser Arbeit abgelehnten – eigenständigen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffes ohne Erheblichkeitsgrenze unter anderem eine doppelte Aufsichtszuständigkeit der Landesmedienanstalten einerseits und der Glücksspielaufsichtsbehörden andererseits die Folge wäre. Durch die Einfügung des § 2 Abs. 6 GlüStV im Jahre 2011 wurde diese Auseinandersetzung – jedenfalls für die Gewinnspiele im Rundfunk – zugunsten einer alleinigen Maßgeblichkeit des RStV entschieden.⁹⁰² Für Online-Glücksspiele wird aus der Tatsache, dass § 2 Abs. 6 GlüStV nur Gewinnspiele im Rundfunk und nicht auch Gewinnspiele in Telemedien nennt, zum Teil auf eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, bei Internetgewinnspielen eine alleinige Anwendbarkeit des GlüStV zu normieren, geschlossen.⁹⁰³ Eine derartige Unterscheidung erscheint jedoch bereits sachlich nicht gerechtfertigt.⁹⁰⁴ Im Ergebnis könnte eine Entscheidung hinsichtlich der Reichweite des § 2 Abs. 6 GlüStV jedoch dahinstehen, soweit die Spiele, bei welchen die Voraussetzungen des § 8a RStV vorliegen, ohnehin nicht die Voraussetzungen eines Glücksspiels erfüllen.

bb) Voraussetzungen des RStV

(1) Transparenzgebot und Teilnehmerschutz

§ 8a RStV stellt in Satz 1 klar, dass Gewinnspiele und Gewinnspielendungen grundsätzlich zulässig sind. In den Folgesätzen benennt die Norm im Weiteren eine Reihe von Anforderungen, von denen die erste der in § 8a Abs. 1 S. 2 RStV niedergelegte Teilnehmerschutz ist. Dieser lässt sich – nach Müller⁹⁰⁵ – bezüglich der Ausgestaltung von Gewinnspielen und Gewinnspielendungen als Generalklausel be-

⁹⁰² Vgl. zum damaligen Meinungsstand Gummer, ZUM 2011, 105 (107).

⁹⁰³ Vgl. Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 2 GlüStV Rn. 32.

⁹⁰⁴ Vgl. Fiedler, in: Gersdorf/Paal, § 58 RStV Rn 48.

⁹⁰⁵ Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 24.

greifen, die durch die weiteren Bestimmungen der S. 2 bis 4 konkretisiert wird. Anders als bei vielen Bestimmungen im Rundfunkrecht stehe bei § 8a nämlich nicht der Meinungsaustausch und die Versorgung der Bevölkerung mit Informationen im Vordergrund, sondern vielmehr der Rundfunkrezipient als ökonomisches Wesen. Daher stehe mit dem Verbraucherschutz eine Zielsetzung im Mittelpunkt des Regelungskomplexes, die nicht die medienspezifische Verpflichtung betreffe, wahrheitsgemäß und vollständig das jeweilige Publikum zu unterrichten, sondern dem wirtschaftlichen Schutz der Spielteilnehmer und damit einem außerhalb der Rundfunkfreiheit liegenden Rechtsgut diene.⁹⁰⁶

Das Gebot der Transparenz und das Verbot von Irreführungen stellen aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bereits bekannte Ausprägungen des Verbraucherschutzes dar.⁹⁰⁷ Im Bereich der Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen sollen die Teilnehmer vor den wirtschaftlichen Schäden geschützt werden, die sich daraus ergeben könnten, dass die Teilnahmebedingungen und die mit einer Teilnahme verbundenen Kosten falsch eingeschätzt werden. Dass dies nicht geschieht, haben die Rundfunkveranstalter zu gewährleisten. Ihnen wird insoweit eine besondere Fürsorgepflicht vom Gesetz auferlegt.⁹⁰⁸ Diese Fürsorgepflicht wird in den Gewinnspielsatzungen und den Richtlinien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter (ARD und ZDF) weiter konkretisiert.

Das *Transparenzgebot* des § 8a Abs. 1 S. 2 Alt. 1 RStV fordert die Aufklärung über die Kosten der Teilnahme, die Teilnahmeberechtigung, die Spielgestaltung und die Auflösung der gestellten Aufgaben.⁹⁰⁹ Das *Irreführungsverbot* in § 8a Abs. 1 S. 3 RStV verbietet eine Täuschung des Spielteilnehmers. Ob eine Irreführung vorliegt, bemisst sich nach dem objektiven Erklärungsgehalt einerseits und den

⁹⁰⁶ Vgl. BayVGh, Urteil vom 28.10.09 – 7 N 09.1377, ZUM-RD 2010, 102 (107).

⁹⁰⁷ Vgl. dazu beispielhaft: § 5 Abs. 1 S. 1 UWG, § 3 HWG, § 11 LFGB.

⁹⁰⁸ Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 25.

⁹⁰⁹ Hartstein u.a., Teil B 5, § 8a Rn. 6.

Vorstellungen eines verständigen Rundfunkteilnehmers andererseits.⁹¹⁰ Ausreichend ist jedoch die Eignung der Angabe zur Täuschung der Teilnehmer, es ist nicht erforderlich, dass tatsächlich jemand getäuscht wird.⁹¹¹ Der BayVGH hielt es überdies für maßgebend, ob die Spielgestaltung insgesamt darauf angelegt sei, das Zielpublikum zu unrichtigen Schlussfolgerungen zu veranlassen, und entschied, dass in einem solchen Fall jedenfalls von einer verbotenen Irreführung auszugehen sei.⁹¹²

Die Grenze unzulässiger Irreführung bilden die notwendigen Irreführungen, die von der Spielart selbst vorgegeben werden, wie dies bei Rätseln häufig der Fall ist.⁹¹³ So sind viele der angebotenen Spielarten auf eine gewisse Irreführung oder Verwirrung der Teilnehmer angewiesen, um die Lösung des angebotenen Rätsels nicht für alle offensichtlich zu machen. Ein in der Literatur beliebtes Beispiel für solche sogenannten Fangfragen ist die Frage: *„Monikas Mutter hat fünf Töchter: Lana, Lena, Lina, Lona – wie heißt die fünfte Tochter?“*⁹¹⁴ Bei einer solchen Fangfrage ist das Spiel davon abhängig, dass Spielteilnehmer dahingehend in die Irre geleitet werden, dass sie zunächst davon ausgehen, die Antwort laute „Luna“, weil diese Antwort das Muster vervollständigt. Ohne eine derartige Irreführung verlöre das Spiel seinen Sinn. Mit einer Täuschung oder Irreführung dieser Art rechnet der Teilnehmer zudem, sodass es an einer schützenswerten Erwartung fehlt.⁹¹⁵ Die Lösung, „Monika“, kann unmittelbar aus den zur Verfügung gestellten Informationen abgeleitet werden. Das Irreführungsverbot bedeutet schließlich nicht, dass die Spiele von jedem einzelnen Teilnehmer auch richtig gelöst werden müssen. Vielmehr stellt das Irreführungsverbot eine Wertung dar, bei der es maßgeblich um die Redlichkeit des Spiels und der darin gemachten Angaben geht. Wie in allen Wertungsfragen muss die Abgrenzung zwischen den noch zulässigen Irreführungen, welche dem Spiel selbst immanent sind, und denjenigen, die eine gezielte Schädigung der Teilnehmer darstellen

⁹¹⁰ Vgl. zur Irreführung in einer Anwaltswerbung nach BRAO: BVerfG, Beschluss vom 28.02.2003 – 1 BvR 189/03, NJW 2003, 1307.

⁹¹¹ Jahn, in: Spindler/Schuster, § 8a RStV Rn. 19.

⁹¹² Vgl. BayVGH, Urteil vom 28.10.2009 – 7 N 09.1377, ZUM-RD 2010, 102 (115).

⁹¹³ Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 28.

⁹¹⁴ Beispielsweise angeführt von Ernst, MMR 2005, 735 (736).

⁹¹⁵ Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 28.

und deshalb verboten sind, freilich anhand des jeweiligen Einzelfalles erfolgen⁹¹⁶ und kann mitunter Schwierigkeiten bereiten.

(2) Jugendschutz

Auch die Wahrung der Belange des Jugendschutzes nach § 8a Abs. 1 S. 5 RStV dient dem Schutz eines Rechtsguts, welches nicht medienspezifisch ist.⁹¹⁷ Jugendliche sollen nicht vor schädlichen Informationen oder Bildern geschützt werden, sondern allein vor wirtschaftlich schädlichen Entscheidungen im Zusammenhang mit der Teilnahme an Gewinnspielen.⁹¹⁸ Vor allem die wirtschaftliche Ausbeutung des Spieltriebs der Kinder und Jugendlichen soll durch diese Vorgaben verhindert werden.⁹¹⁹

Im Gegensatz zu den Bestimmungen des GlüStV verzichtet der RStV auf die Regelung eines vollständigen Ausschlusses Minderjähriger von der Teilnahme an Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen. In der Begründung zum Vertrag wird deutlich, dass die Glücksspielsatzungen unter anderem dazu dienen sollen, die Ausgestaltung des Ausschlusses von Kindern und Jugendlichen von den Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen zu erreichen, wodurch verdeutlicht wird, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass der Ausschluss Jugendlicher in einem gewissen Umfang bereits durch die allgemeinen Grundsätze des Jugendschutzrechts erforderlich sei und die Satzungen lediglich das „wie“ dieser Verbote regeln sollten.⁹²⁰

⁹¹⁶ Nordemann, in: Götting/Nordemann, § 5 Rn. 0.54.

⁹¹⁷ Vgl. Liesching, Gewinnspiele in Rundfunk und Telemedien, S. 123; a.A. Jahn, in: Spindler/Schuster, § 8a Rn. 21, der die Aufgabe der Satzung als auf *rundfunkspezifische* Modifikationen der Grundsätze des § 6 Abs. 2 JuSchG beschränkt versteht.

⁹¹⁸ Vgl. BayVGh, Urteil vom 28.10.2009 – 7 N 09.1377, ZUM-RD 2010, 102 (107).

⁹¹⁹ Liesching, Gewinnspiele in Rundfunk und Telemedien, S. 123. Diese Bestimmung wird durch die Gewinnspielsatzungen der Landesmedienanstalten und durch die Richtlinien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter näher konkretisiert.

⁹²⁰ Vgl. Begründung zum 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 19.12.2007, Begründung zu Nummer 4; Jahn, in: Spindler/Schuster, § 8a RStV Rn. 21.

(3) Beschränkung der Höhe des Einsatzes – Problem der Mehrfachteilnahme

Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen sind nach § 8a RStV nur insoweit zulässig, als ihre Teilnahme maximale Kosten in Höhe von 0,50 € pro SMS bzw. Anruf aus dem deutschen Festnetz verursacht.⁹²¹

Eine Frage, welche Rechtsprechung und Literatur zunächst im Zusammenhang mit § 284 StGB⁹²² und später im Zusammenhang mit §§ 8a, 58 IV RStV⁹²³ beschäftigte, ist die der Berücksichtigung von Mehrfachteilnahmen. Eine Ansicht sieht die mehrfache Teilnahme als grundsätzlich unbeachtlich an, da der Veranstalter keinen Einfluss auf dieses Teilnehmerverhalten habe und jede Teilnahme eine neue Gewinnchance eröffne.⁹²⁴ Des Weiteren wird mit der freien und autonomen Willensentscheidung des Teilnehmers argumentiert, da jeder Teilnahme eine „neue EntschlieÙung des Teilnehmers“ vorangehe.⁹²⁵ Mit diesem Argument wird die Mehrfachteilnahme zum Teil selbst bei einer hierauf gerichteten, gezielten Animation durch den Veranstalter als unbeachtlich angesehen.⁹²⁶ Vor dem Hintergrund der Regelungsziele des § 8a RStV, welche unter anderem im Teilnehmerschutz und der Kostenbegrenzung zu sehen sind,⁹²⁷ ist jedoch zumindest letztere Auffassung bedenklich. Das Leisten vieler kleiner Einzelbeträge hintereinander kann das Schutzinteresse in ähnlicher Weise verletzen

⁹²¹ Zur Übersicht über die aktuelle Preisstruktur für Massenverkehrs-Dienste vgl. <http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1411/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Nummerierung/Rufnummern/0137/Preisfestsetzungsverfahren/Preisfestlegungsverfahren0137_Basepage.html?nn=326370> (Stand: 13.06.2016).

⁹²² Vgl. etwa OLG Düsseldorf Urteil vom 23.09.2003 – I-20 U 39/03, BeckRS 2004, 11362; LG Freiburg, Urteil vom 12.05.2005 – 3 S 308/04, MMR 2005, 547.

⁹²³ Vgl. etwa LG Köln, Urteil vom 7.04.2009 – 33 O 45/09, MMR 2009, 485; VG Düsseldorf, Beschluss vom 15.07.2009 – 27 L 415/09, MMR 2009, 717.

⁹²⁴ LG Freiburg Urteil vom 12.05.2005 – 3 S 308/04, MMR 2005, 547; zust. *Blaue*, ZUM 2011, 119 (123); *Bolay*, MMR 2009, 669 (672).

⁹²⁵ LG Köln, Urteil vom 7.04.2009 – 33 O 45/09, MMR 2009, 485 (485). So auch: *Schulz*, CR 2006, 164 (168); *Müller*, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 126; *Hartstein u.a.*, Teil B 5, § 8a Rn. 8.

⁹²⁶ *Ernst*, MMR 2005, 735 (739 f.); *Schulz*, CR 2006, 164 (168).

⁹²⁷ *Hartstein u.a.*, § 8a Rn. 1.

wie die einmalige Leistung eines höheren Betrages,⁹²⁸ weshalb eine starke Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung sich für die Berücksichtigung der durch mehrere Teilnahmen verursachten Gesamtkosten jedenfalls dann ausspricht, wenn der Spieler zur Mehrfachteilnahme animiert wird⁹²⁹ bzw. das Spiel auf eine mehrfache Beteiligung angelegt ist.⁹³⁰

Hierdurch wird die Entscheidung über deren Berücksichtigung letztlich verlagert. Die neuere Rechtsprechung zur Mehrfachteilnahme, welche zu den 50-Cent-Gewinnspielen im Internet erging, macht dann auch deutlich, dass das vorrangige Problem nun eher in der Bestimmung des „auf-eine-Mehrfachteilnahme-angelegt-Seins“ liegt.⁹³¹ In diesen Entscheidungen wird durchweg vertreten, dass bei den Internet-Gewinnspielen eine Gesamtbetrachtung des zur Teilnahme geleisteten Entgeltes erforderlich sei, obgleich im klassischen Rundfunkbereich die Mehrfachteilnahme seit jeher geduldet wird.⁹³² Diese Ungleichbehandlung begründen die Gerichte mit der mangelnden Vergleichbarkeit der Spielangebote. Im Kern basiere diese mangelnde Vergleichbarkeit nach Auffassung des Gerichts darauf, dass Call-in-Formate im Rundfunk nicht *„in vergleichbarer Weise darauf angelegt [seien (Anm. des Verf.)], durch eine Mehrfachteilnahme die Gewinnchance zu erhöhen“*.⁹³³ Zu Recht kritisiert *Liesching* die insoweit inkonsequente Handhabung als *„eher konstruiert als sachlich gerechtfertigt“*.⁹³⁴ Gewinnspielsendungen seien für die Veranstalter überhaupt nur wirtschaftlich rentabel, wenn jeder die Möglichkeit habe, mehrfach, auch hundertfach, anzurufen,⁹³⁵ wodurch die Interessen der Teilnehmer ebenso berührt werden wie bei einer höheren Einsatzmöglichkeit.

⁹²⁸ Vgl. *Hecker/Ruttig*, GRUR 2005, 393 (398), die dieses mit dem treffenden Vergleich des Setzens mehrerer 50-Cent-Jetons auf verschiedene Felder eines Roulette-Tisches untermauern.

⁹²⁹ *Dietlein*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, § 3 Rn. 6; *Hüsken*, ZfWG 2009, 153 (157).

⁹³⁰ VG Düsseldorf, Beschluss vom 29.04.2011 – 27 L 471/10, ZfWG 2011, 378; *Hecker/Ruttig*, GRUR 2005, 393 (398); *Liesching*, ZfWG 2009, 320 (324); *Kruis*, NVwZ 2012, 797 (801).

⁹³¹ LG Köln, Urteil vom 7.04.2009 – 33 O 45/09, MMR 2009, 485; VG Düsseldorf Beschluss vom 15.07.2009 – 27 L 415/09, MMR 2009, 717.

⁹³² Vgl. *Liesching*, ZfWG 2009, 320 (323); *Bolay*, MMR 2009, 669 (672).

⁹³³ LG Köln, Urteil vom 7.04.2009 – 33 O 45/09, MMR 2009, 485 (485).

⁹³⁴ Vgl. *Liesching*, MMR 2009, 485 (486).

⁹³⁵ Vgl. *Liesching*, Gewinnspiele in Rundfunk und Telemedien, S. 46 f.

Mithin spricht vieles dafür, bei der Berücksichtigung von Mehrfachteilnahmen darauf abzustellen, ob das Angebot auf eine solche ausgerichtet ist.⁹³⁶ Von den Vertretern dieser Ansicht wird jedoch nicht näher erläutert, welche Kriterien für diese Beurteilung maßgebend sein sollen. Jedenfalls muss hierbei das Verhalten des Veranstalters der Gewinnspiele entscheidend sein, welches sich von einer ausdrücklichen Ermutigung zur Mehrfachteilnahme bis hin zu ihrem expliziten Verbot erstrecken kann. Die technischen Möglichkeiten, eine Mehrfachteilnahme auszuschließen oder zumindest deutlich zu erschweren, bestehen sowohl im Rundfunk als auch im Internet.⁹³⁷ Bei Call-in-Formaten scheint von dieser Sperre allerdings nur in seltenen Fällen Gebrauch gemacht zu werden, obwohl in der Vergangenheit Veranstalter besonders erfolgreiche Anrufer gesperrt haben, wodurch erkennbar wird, dass diese Möglichkeit in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht besteht.⁹³⁸ Konsequenter wäre es wohl, vom Anbieter solche Maßnahmen zu verlangen, um einen Anhaltspunkt dafür zu geben, dass das Spiel nicht auf eine Mehrfachteilnahme ausgerichtet ist.

Folgt man der Ansicht, nach der Mehrfachteilnahmen unter den ausgeführten Voraussetzungen Berücksichtigung finden müssen, stellt sich die Frage der Rechtsfolge einer Ausrichtung des Gewinnspiels auf eine solche Mehrfachteilnahme. Die einschlägige Rechtsprechung und Literatur setzen sich hiermit nur äußerst spärlich auseinander.⁹³⁹ Eine Möglichkeit wäre, bei der Ausrichtung auf eine Mehrfachteilnahme automatisch eine Überschreitung der 0,50-€-Grenze anzunehmen und die Voraussetzungen des § 8a RStV damit zu verneinen.⁹⁴⁰ In der Folge könnten dann bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die Regelungen des GlüStV einschlägig sein.

Einen anderen Lösungsansatz bietet *Liesching*, der die Zulässigkeit gem. § 8a RStV nicht schon bei der bloßen Möglichkeit eines zweiten

⁹³⁶ *Kruis*, NVwZ 2012, 797 (801); *Liesching*, ZfWG 2009, 320 (324); *Bolay*, Mehrwertgebührenpflichtige Telefon- und SMS-Gewinnspiele, S. 119 ff.

⁹³⁷ *Kruis*, NVwZ 2012, 797 (797); *Goldhammer/Lessig*, Call-Media, S. 51 f.

⁹³⁸ OLG München, Urteil vom 28.07.2005 – U (K) 1834/05, MMR 2005, 774 (774 f.); Vorinstanz LG München I, Urteil vom 21.12.2004 – 33 O 15954/04, MMR 2005, 389 (390).

⁹³⁹ Die fehlende Auseinandersetzung der Gerichte mit dieser Problematik bemängeln auch *Lober/Neumüller*, MMR 2010, 295 (298).

⁹⁴⁰ LG Köln, Urteil vom 7.04.2009 – 33 O 45/09, MMR 2009, 485; VG Düsseldorf, Beschluss vom 15.07.2009 – 27 L 415/09, MMR 2009, 717.

Anrufes entfallen lassen will. Hiergegen spräche zum einen die Gewinnspielsatzung, welche in § 8 I die Aufforderung zur wiederholten Teilnahme untersagt, jedoch nicht die Mehrfachteilnahme an sich.⁹⁴¹ „Verlangt“ i.S.d. § 8a I RStV würden überdies jeweils nur 0,50 €. Würde bereits die Möglichkeit eines zweiten Anrufes dazu führen, dass die Voraussetzungen des § 8a nicht erfüllt wären, liefe diese Norm, die Telefongewinnspiele privilegieren soll, ins Leere, da aufgrund des einheitlichen Glücksspielbegriffes,⁹⁴² der Gesetzesbegründung zum UWG 2004⁹⁴³ sowie der *„seit jeher aufsichtsbehördlich geduldeten Praxis bei TV-Gewinnspielsendungen unter Einsatz von 0137-Mehrwertdiensten“*⁹⁴⁴ Spiele mit einem einmaligen Einsatz von 0,50 € bereits vor Erlass des § 8a RStV zulässig waren.

Liesching fordert daher, dass eine betragsmäßige Festlegung vorgenommen werde, welche jedoch im Zusammenspiel mit einer entsprechenden Zeitspanne erfolgen müsse.⁹⁴⁵ Zur Bestimmung dieser Grenze schlägt er eine Anlehnung an die SpielVO vor.⁹⁴⁶ Hilfreich und verfassungsrechtlich begrüßenswert wäre – gerade in Anbetracht der sich an die Frage der Mehrfachteilnahme womöglich anschließenden Strafbarkeit – eine weitere Konkretisierung des erlaubten Verhaltens durch den Gesetzgeber.

⁹⁴¹ Bolay, MMR 2009, 669 (672). Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass diese Norm der Satzung vom BayVGH im Rahmen einer Normenkontrolle für rechtswidrig und damit nichtig erklärt wurde (siehe hierzu sogleich).

⁹⁴² Siehe oben Abschnitt D II, insbesondere zur Erheblichkeitsgrenze.

⁹⁴³ Vgl. Bolay, MMR 2009, 669 (672) welcher auf die Gesetzesbegründung zu § 4 Nr. 6 UWG aF verweist. Hierzu heißt es in in BT-Drs. 15/1487, S. 18: *„Indes liegt eine Verkopplung mit der Inanspruchnahme einer Dienstleistung grundsätzlich auch dann vor, wenn der Verbraucher, will er am Preisausschreiben oder am Gewinnspiel teilnehmen, eine Mehrwertdiensternummer anrufen muss, da in diesem Falle eine über den Basistarif für die Übermittlung hinausgehende Zahlung erforderlich wird. Eine andere Beurteilung ist nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift dann denkbar, wenn die Kosten für die Mehrwertdiensternummer die üblichen Übermittlungskosten nicht übersteigen.“* Aufgrund der mittlerweile ersatzlosen Streichung von § 4 Nr. 6 UWG aF durch die UWG Novelle 2015, ist die Belastbarkeit dieses Argumentes heutzutage jedoch fraglich.

⁹⁴⁴ Liesching, MMR 2009, 485 (487).

⁹⁴⁵ Liesching, Gewinnspiele in Rundfunk und Telemedien, S. 49.

⁹⁴⁶ Liesching, ZfWG 2009, 320 (324); Liesching, Gewinnspiele in Rundfunk und Telemedien, S. 53 spekuliert in Anlehnung an § 13 I Nr. 3 SpielV auf eine Höchstverlustgrenze von 20 € pro 15 Minuten; Lober/Neumüller fordern hingegen eine Konkretisierung durch die Gerichte, Lober/Neumüller, MMR 2010, 295 (298).

(4) Zwischenfazit

Wie im Verlauf der Arbeit dargelegt wurde, ist von einem einheitlichen Glücksspielbegriff auszugehen, sodass der im Rahmen des GlüStV verwendete Glücksspielbegriff mit dem strafrechtlichen identisch ist. Die die Voraussetzungen des § 8 a Abs. 1 RStV einhaltenden Gewinnspiele stellen somit keine Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB bzw. des GlüStV dar.⁹⁴⁷

cc) Sonstige gesetzliche Bestimmungen

Wie oben bereits skizziert, spielen neben den Normen des RStV auch weitere gesetzliche Bestimmungen eine Rolle bei der Festlegung der Grenzen zulässiger Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen.

(1) § 263 StGB

Die strafrechtliche Literatur zu Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen erschöpft sich beinahe vollständig in der Behandlung der im Zusammenhang mit § 284 f. StGB aufgeworfenen Fragestellungen. Die Vielschichtigkeit menschlicher Interaktionen und die zur Disposition stehenden Wirtschaftsgüter rechtfertigen jedoch auch die Untersuchung der Möglichkeit der Verwirklichung eines Vermögensdeliktes. Wurde eingangs im Rahmen der Darstellung der verschiedenen Regelungsbereiche von einer vertieften Auseinandersetzung mit § 263 StGB abgesehen, da dieser keine glücksspielspezifischen Besonderheiten aufweist, so soll an dieser Stelle das konkrete Beispiel eines Telefongewinnspiels genutzt werden, um die Strafbarkeit zu prüfen. In Betracht kommt eine Strafbarkeit wegen Betruges gemäß § 263 I

⁹⁴⁷ So auch *Gummer*, ZUM 2011, 105 (111).

StGB durch die zur Teilnahme motivierenden Äußerungen der Moderatoren.

(a) Täuschung und Irrtum

Der Tatbestand des Betruges setzt zunächst die Täuschung über Tatsachen voraus, die zu einem Irrtum beim Opfer führt. Eine Täuschung liegt vor, wenn Tatsachenangaben gemacht werden, die nicht mit den wirklichen Gegebenheiten übereinstimmen.⁹⁴⁸ Entsprechend liegt ein Irrtum vor, wenn der Getäuschte im Hinblick auf die vorgespiegelten Tatsachen eine Fehlvorstellung unterhält.⁹⁴⁹ In den diskutierten Fällen⁹⁵⁰ wurde eine Täuschung in dem Verhalten des Moderators gesehen, der den Zuschauern suggerierte, es gingen keine Anrufe mehr ein, was zu einer Erhöhung der Auswahlchancen führe.⁹⁵¹ Hierin läge eine konkludente Täuschung.⁹⁵² Denn in der Aussage, es sei fast kein Zuschauer mehr dabei, liege die konkludente Angabe, dass es leichter sei, die richtige Leitung zu treffen. In Wirklichkeit blieb die Chance unverändert.⁹⁵³ Setzt der Moderator tatsächlich Aussagen dieser Art ein, kann eine Täuschung mit entsprechendem Irrtum angenommen werden.

(b) Vermögensverfügung und Vermögensschaden

Die von § 263 I geforderte Vermögensverfügung liegt in der Nutzung des kostenpflichtigen Mehrwertdienstes. Hierdurch wird zweifellos das

⁹⁴⁸ Vgl. beispielhaft *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 263 Rn. 6.

⁹⁴⁹ Vgl. *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 263 Rn. 32 ff.

⁹⁵⁰ Vgl. *Ernst*, MMR 2005, 735 (738).

⁹⁵¹ So *Schröder/Thiele*, JURA 2007, 814 (814 ff.) und *Noltenius*, wistra 2008, 285 (285 ff.).

⁹⁵² Dies ist nur im sog. Hot-Button-Verfahren der Fall, da bei den Anrufbeantworterspielen die Gewinnchancen tatsächlich höher sind, wenn weniger Personen teilnehmen. Hier sind freilich andere täuschende Aussagen des Moderators denkbar.

⁹⁵³ Dies belegen *Schröder/Thiele* damit, dass sie selbst erfolglos über 50 Anrufe getätigt haben, *Schröder/Thiele*, JURA 2007, 814 (816).

Vermögen des Anrufers unmittelbar gemindert.⁹⁵⁴ Fraglich ist hingegen, ob diese Verfügung auch zu einem Vermögensschaden führt.⁹⁵⁵ Ein Vermögensschaden ist nach h.M. gegeben, wenn das durch die Verfügung hingegebene Vermögen nicht hinreichend durch einen entsprechenden Zufluss an Vermögen kompensiert wird.⁹⁵⁶ Es muss deshalb gefragt werden, was der Teilnehmer für die Hingabe seiner 0,50 € erhält und welchen Wert diese Leistung hat. Der Anrufer erkauft sich mit seinen 0,50 € eine Chance, die gestellte Quizfrage zu beantworten. Diese Chance hat einen objektiven Marktwert von genau 0,50 €, ⁹⁵⁷ da sie bei allen gängigen Anbietern zu diesem Preis angeboten wird. Damit erhält der Teilnehmer jedoch einen Zuwachs an Vermögen in genau dem Gegenwert seiner Verfügung. Somit ist ein Vermögensschaden ausgeschlossen. Die in der Literatur gezogene Parallele zu manipulierten Wetten und Lotterien⁹⁵⁸ kann in diesem Zusammenhang nicht greifen. Die Vorstellung des Teilnehmers, er habe zu einer bestimmten Zeit eine bessere Chance, ist keine hinreichend gesicherte Expektanz. Exspektanzen genießen nämlich nur dann den strafrechtlichen Vermögensschutz, wenn sie sich mit hoher Wahrscheinlichkeit realisieren lassen und bereits einen messbaren Wert innehaben.⁹⁵⁹ Dies ist hier nicht der Fall. Dass der Moderator bessere Gewinnchan-

⁹⁵⁴ Dies ist die Voraussetzung einer Vermögensverfügung. Nach *Rengier* besteht eine Vermögensverfügung in jedem Handeln, Dulden oder Unterlassen, das eine Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne unmittelbar herbeiführt, *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, § 13 Rn. 63.

⁹⁵⁵ *Noltenius*, *Becker/Ulbrich/Voß* sowie *Schröder/Thiele* bejahen das Vorliegen eines Vermögensschadens unter Zuhilfenahme der Konstruktion des persönlichen Schadenseinschlags bzw. weil vertreten wird, dass keine hinreichende Kompensation für die hingegebenen 0,50 € geboten wird, *Noltenius*, wistra 2008, 285 (290); *Becker/Ulbrich/Voß*, MMR 2007, 149 (154); *Schröder/Thiele*, JURA 2007, 814 (819 ff.).

⁹⁵⁶ Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, besonderer Teil, § 13 Rn. 538; *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil II, § 27 Rn. 57.

⁹⁵⁷ *Noltenius*, wistra 2008, 285 (290).

⁹⁵⁸ Vgl. *Noltenius*, wistra 2008, 285 (290).

⁹⁵⁹ Vgl. *Kindhäuser*, in: NK, § 263 Rn. 241; a.A. *Oehme*, JA 2009, 39 (42), der die Auffassung vertritt, dass der Schaden sich daraus ergebe, dass die Gewinnchance weniger Wert sei als versprochen und somit einen Vermögenszuwachs darstelle, der geringwertiger sei als der durch die Verfügung verursachte Verlust.

cen vorgibt als tatsächlich vorhanden, ist lediglich eine Frage der Täuschung sowie des Motivs für die Vermögensverfügung,⁹⁶⁰ welches jedoch keinen strafrechtlichen Schutz genießt.⁹⁶¹ Ein solches in die Irre führendes Verhalten des Moderators begründet somit keine Betrugsstrafbarkeit. Es ist dennoch aufgrund des Irreführungsverbotes des § 8a RStV und der Gewinnspielsatzung verboten.

(2) § 33d GewO

Bei der Untersuchung möglicher gesetzlicher Bestimmungen, welche die Zulässigkeit und Grenzen von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen konturieren, muss auch ein Blick auf die Gewerbeordnung und insbesondere auf § 33d geworfen werden, der sich mit der gewerblichen Veranstaltung von Spielen mit Gewinnmöglichkeit befasst. Der Wortlaut der Vorschrift vermittelt zunächst den Eindruck, dass auch Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen in ihren Anwendungsbereich fallen,⁹⁶² denn der Wortlaut bezieht sich auf gewerbliche Spiele (die keine Glücksspiele sind⁹⁶³) und enthält keine Einschränkung in Bezug auf die Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen des Rundfunks.⁹⁶⁴ Die Konsequenz einer solchen Anwendbarkeit wäre die Pflicht zur Einholung einer Erlaubnis zum Betrieb der Gewinnspiele nach der SpielVO. Diese sieht lediglich Erlaubnismöglichkeiten für Spiele vor, die entweder in Spielhallen oder auf Jahrmärkten veranstaltet werden,⁹⁶⁵ nicht jedoch für Spiele im Bereich der Medien. Somit würde eine Anwendbarkeit des § 33d GewO auf Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen im Ergebnis zu deren Totalverbot führen. Die

⁹⁶⁰ Vgl. *Wimmer*, MMR 2007, 417 (421), der dies damit begründet, dass die Aussagen des Moderators zu der Anzahl der Zuschauer ersichtlich nur spekulativ seien und somit keine hinreichend gesicherte Erwartung begründen können.

⁹⁶¹ *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, besonderer Teil, § 13 Rn. 550 f.

⁹⁶² So auch *Odenthal*, GewArch 2006, 58 (59), der § 33d GewO als Auffangvorschrift für alle sonst nicht geregelten Spiele mit Gewinnmöglichkeit begreift.

⁹⁶³ *Ennuschat*, in: Tettinger u.a., § 33d Rn. 3.

⁹⁶⁴ Das VG Berlin setzt die Anwendbarkeit des § 33d GewO auf Gewinnspiele im Internet voraus, ohne sich jedoch im Einzelnen mit dieser Frage zu befassen, VG Berlin, Beschluss vom 17.08.2009 – VG 4 L 274.09, MMR 2009, 794.

⁹⁶⁵ §§ 4, 5 SpielVO.

Formulierung in § 8a RStV zeigt jedoch gerade, dass der Gesetzgeber von einer grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Spiele ausgegangen ist. Unabhängig davon, ob dem Gesetzgeber dieser potenzielle Widerspruch bewusst war – wie es im Zusammenhang mit dem GlüStV der Fall war –, kann der ausdrückliche gesetzgeberische Wille, der seinen Niederschlag in § 8a RStV gefunden hat, nicht dadurch aus den Angeln gehoben werden, dass über die Anwendbarkeit der Gewerbeordnung doch ein grundsätzliches Verbot von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen erreicht wird. Somit ist § 33d GewO aus systematischen Gründen nicht auf diese Spielphänomene anwendbar.⁹⁶⁶

b) Untergesetzliche Voraussetzungen

Im Bereich der untergesetzlichen Normen sind hinsichtlich der Regelung von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen die Gewinnspielsatzungen der Länder sowie die ARD- bzw. ZDF-Richtlinien für Werbung, Sponsoring und Gewinnspiele (RWGS) zu erwähnen. Bemerkenswert an Letzteren ist die Tatsache, dass sie den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbietern verbieten, Einnahmen aus dem Angebot von Telefonmehrwertdiensten zu erzielen.⁹⁶⁷ Darüber hinaus unterscheiden sich die Richtlinien jedoch nur unerheblich von den Gewinnspielsatzungen, auf denen im Folgenden das Augenmerk verbleiben soll.

(1) Ermächtigung zum Erlass der Satzung

In § 46 S. 1 RStV werden die Landesmedienanstalten ermächtigt, Satzungen zu erlassen, um die §§ 7, 7a, 8, 8a, 44, 45 und 45a RStV zu

⁹⁶⁶ So auch schon *Liesching*, MMR 2009, 794 (796).

⁹⁶⁷ Die Richtlinien sind im Internet abrufbar: <http://www.zdf-werbefernsehen.de/fileadmin/user_upload/zdfwerb/pdf/sonstiges/richtlinien_werbung_und_sponsoring_20100312.pdf> und <http://www.ard.de/download/553234/ARD_Richtlinien_fuer_Werbung__Sponsoring__Gewinnspiele_und_Produktionshilfe_in_der_Fassung_vom_12_3_2010.pdf> (Stand: 13.06.2016).

konkretisieren. Eine solche Satzung wurde im Hinblick auf § 8a RStV durch die Landesmedienanstalten der einzelnen Länder gemeinsam und inhaltsgleich im Jahr 2008 beschlossen.⁹⁶⁸ Für die privatrechtlichen Rundfunkbetreiber mündete dies in der „*Satzung der Landesmedienanstalten über Gewinnspielsendungen und Gewinnspiele*“ (GWS), welche bereits im Jahr 2009, wenige Monate nach ihrem Inkrafttreten, Gegenstand einer Normenkontrolle gemäß § 47 I Nr. 2 VwGO vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof war.⁹⁶⁹

Dieser stellte fest, dass die Gewinnspielsatzung, die sowohl inhaltlich als auch verfahrensrechtlich angegriffen worden war, auf einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Normsetzungsermächtigung beruhte und im Rahmen eines ordnungsgemäßen Verfahrens erlassen wurde.⁹⁷⁰ Das Gericht stellte – insbesondere in Bezug auf die Kompetenzen – fest, dass die Regelungsmaterie der Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen zum Bereich des Rundfunks gehörte und somit gemäß Art. 30, 70 GG in die Normsetzungskompetenz der Länder fiel.⁹⁷¹ Es handele sich bei den Bestimmungen der GWS lediglich um Konkretisierungen der Vorgaben des RStV und insoweit nicht um ein Eingriffsgesetz, welches durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst hätte erlassen werden müssen.⁹⁷² Auch im Übrigen erkannte das Gericht keine verfahrenstechnischen Fehler in Bezug auf den Erlass der Gewinnspielsatzung.

Auch für die in „vergleichbaren Telemedien“ veranstalteten Gewinnspiele bedarf es ebenso wie für klassische Rundfunkgewinnspiele einer Konkretisierung der jeweiligen Bestimmungen des § 8a RStV.⁹⁷³ Zu Beginn der Existenz der Gewinnspielsatzung der Landesmedienanstalten war es das Bestreben, die Bestimmungen dieser Satzung zugleich auf die in § 58 Abs. 4 RStV genannten vergleichbaren Telemedien, insbesondere das Internet, anzuwenden. Diesem Bestreben

⁹⁶⁸ Die teilnehmenden Landesmedienanstalten finden sich in der GWS.

⁹⁶⁹ BayVGh, Urteil vom 28.10.09 – 7 N 09.1377, ZUM-RD 2010, 102.

⁹⁷⁰ Vgl. BayVGh, Urteil vom 28.10.09 – 7 N 09.1377, ZUM-RD 2010, 102 (106).

⁹⁷¹ Und nicht etwa dem Bereich des Verbraucherschutzes zuzuordnen sei, in dem der Bundesgesetzgeber aufgrund von Art. 74 Abs 1 Nr. 11 GG die § 4 Nr. 2, 5, §§ 5, 5a UWG erlassen hat. Der rundfunkrechtliche Zusammenhang ergäbe sich daraus, dass in erster Linie die aus der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG niedergelegten Rundfunkfreiheit abzuleitende Programmfreiheit inhaltlich ausgeformt werden sollte.

⁹⁷² Vgl. Art. 19 GG.

⁹⁷³ Vgl. BayVGh, Urteil vom 28.10.09 – 7 N 09.1377, ZUM-RD 2010, 102 (112).

hat jedoch der BayVGH einen Riegel vorgeschoben. Der Gerichtshof entschied, dass es an einer Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer konkretisierenden Satzung im RStV vollständig fehle. § 46 RStV könne nicht über den rundfunkrechtlichen Bereich hinaus greifen, da insbesondere das Internet nicht von den Landesmedienanstalten, sondern von den jeweiligen Regierungen beaufsichtigt werde.⁹⁷⁴ Diese würden in ihrer Normgebungskompetenz beschnitten und somit deren Zuständigkeit unterwandert, wenn die Landesmedienanstalten kraft einer analogen Anwendung der Gewinnspielsatzung auf die vergleichbaren Telemedien ihre Aufsichtsbefugnisse über den Rundfunk hinaus auch in den Bereich der Internetspiele ausdehnen könnten.⁹⁷⁵ In Anbetracht dieser fehlenden Konkretisierung wird es schwierig sein, den § 8a RStV auch auf Internetgewinnspiele anzuwenden. Alleine der gesetzgeberische Wille, auch solche Spiele grundsätzlich zuzulassen, kann nicht angezweifelt werden. Bis zur hinreichenden untergesetzlichen Konkretisierung wird es deshalb wohl den Gerichten obliegen, die in § 8a RStV enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe derart auszufüllen, dass eine sinnvolle Handhabung ermöglicht wird.

(2) Ausgewählte Satzungsbestimmungen

Im Folgenden soll in der gebotenen Kürze der Inhalt einiger ausgewählter Normen der Satzungen dargestellt werden.

(a) Eigenständige Definition der Unentgeltlichkeit

Gemäß § 2 Nr. 4 sind unentgeltlich *„im Sinne der Satzung [...] auch Angebote, bei denen für die Nutzerinnen und Nutzer bei telefonischem*

⁹⁷⁴ Vgl. BayVGH, Urteil vom 28.10.09 – 7 N 09.1377, ZUM-RD 2010, 102 (112); vgl. zu den Aufsichtskompetenzen, *Holznagel/Ricke*, MMR 2008, 18 (19).

⁹⁷⁵ Vgl. BayVGH, Urteil vom 28.10.09 – 7 N 09.1377, ZUM-RD 2010, 102 (112 f.).

Kontakt maximal 0,14 Euro, für eine SMS maximal 0,20 Euro, bei postalischem Kontakt die Kosten einer Postkarte pro Teilnahme anfallen“. Diese Regelung spiegelt die Überzeugung des Satzungsgebers wider, dass Spiele, bei denen lediglich ein sehr geringer Einsatz zu erbringen ist, mit nur geringeren Risiken für den Teilnehmer verbunden seien und somit nicht die gleichen Anforderungen erfüllen müssten wie Spiele, bei denen der Einsatz höher ist.

(b) Unterschiedliche Gefährlichkeit von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen

§ 3 GWS erfüllt die in den §§ 8a und 46 I 1 HS. 2 RStV vorgegebene Aufgabe, die Bedingungen zur Teilnahme Minderjähriger näher zu bestimmen. In Abs. 1 heißt es zu der grundsätzlichen Frage der Zulässigkeit der Teilnahme Minderjähriger: *„Minderjährigen darf die Teilnahme an Gewinnspielsendungen nicht gestattet werden. Minderjährigen unter 14 Jahren darf die Teilnahme an Gewinnspielen nicht gestattet werden.“* Insoweit unterscheidet die Satzung in zweierlei Hinsicht. Einerseits wird anhand des Alters der Minderjährigen differenziert und andererseits anhand des Spieltyps. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die nur kurzen Gewinnspiele als deutlich weniger gefährlich eingestuft werden als die dauernden Gewinnspielsendungen. Eine weitere praktische Motivation in der Ausdehnung des zulässigen Mindestalters in Bezug auf Gewinnspiele im Gegensatz zu den Gewinnspielsendungen liegt in der lukrativen Einnahmequelle der sogenannten *Votings*.⁹⁷⁶ Diese *Votings* sind besonders für Jugendliche interessant und finden zum großen Teil im Rahmen von Programmformaten statt, die explizit diese Zielgruppe ansprechen.⁹⁷⁷

⁹⁷⁶ Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 67. Bei einem Voting besteht das Konzept der Sendung in einem Wettbewerb zwischen Teilnehmern der Sendung selbst. Der Gewinner wird jedoch durch die Zuschauer mittels Anrufen und SMS gewählt. Der Teilnehmer, der die meisten Anrufe oder SMS erhält, gewinnt. Vgl. Hüsken, ZfWG 2009, 153 (154).

⁹⁷⁷ Vgl. Freidel, Du steckst in einer Seifenblase, abrufbar im Internet: <<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/castingshows-du-steckst-in-einer-seifenblase-12178524.html>> (Stand: 13.06.2016).

Das grundsätzliche Verbot der Teilnahme Minderjähriger wird ferner durch Abs. 4 eingeschränkt, der besagt, dass die vorstehenden Absätze nicht auf unentgeltliche Angebote Anwendung finden. Hierin zeigt sich erneut der Zweck der Jugendschutzvorschriften, nicht den Jugendlichen vor schädlichem Gedankengut, sondern alleine seine durch Unreife und Unerfahrenheit besonders gefährdeten Vermögensinteressen zu schützen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der dargestellte Unentgeltlichkeitsbegriff des § 2 Nr. 4 gilt, so dass geringe Kosten auch bei Gewinnspielen für Jugendliche durchaus in Kauf genommen werden.

Die Maßnahmen, die von den Rundfunkveranstaltern zu ergreifen sind, um das Verbot der Teilnahme Minderjähriger durchzusetzen, finden sich teilweise in § 3 und teilweise an anderen Stellen der GWS. § 3 II verbietet das zielgerichtete Ausrichten solcher Gewinnspielendungen auf Minderjährige. Während somit die Auslobung von Spielzeug unzweifelhaft unterbleiben muss, stellt die Abgrenzung der Produktzielgruppe etwa bei Gegenständen der Unterhaltungselektronik, welche einen besonderen Reiz sowohl auf Minderjährige als auch auf (junge) Erwachsene ausüben, eine große Herausforderung dar.⁹⁷⁸ Im Hinblick auf die Unbestimmtheit der Satzungsbegriffe wird von den Aufsichtsbehörden eine großzügige Auslegung erforderlich sein, um dem praktischen Bedürfnis, diese Preise anzubieten, Rechnung tragen zu können. Ausreichend wird wohl sein müssen, dass das ausgelobte Produkt zumindest auch auf einen nicht unerheblichen Anteil des erwachsenen Zielpublikums attraktiv wirkt. Schließlich bieten die weiteren in der GWS geregelten Jugendschutzmaßnahmen zusätzliche Sicherungen gegen die Teilnahme von Minderjährigen. Die Vorschrift

⁹⁷⁸ Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 71.

bezieht sich bereits ihrem Wortlaut nach nicht auf Gewinnspiele, sondern lediglich auf Gewinnspielsendungen.⁹⁷⁹ Damit wird die Bestimmtheitsproblematik zumindest für den Bereich der Gewinnspiele aus Anbietersicht entschärft, da im Gewinnspielbereich eine Teilnahme bereits ab 14 Jahren gestattet ist.

Absatz 3 verbietet an Minderjährige gerichtete Teilnahmeappelle. Diese Norm ist sowohl auf Gewinnspiele als auch Gewinnspielsendungen anwendbar und zeigt somit, dass der Satzungsgeber in dem ausdrücklichen Appell zur Teilnahme ein höheres Gefährdungspotenzial erkennt als bei der bloßen Ausgestaltung in für Minderjährige attraktiver Weise. § 10 I 2 Nr. 2 regelt überdies, dass die Sender auf das Teilnahmeverbot von Minderjährigen hinweisen müssen.

(c) Weitere sowie rechtswidrige Satzungsbestimmungen

Die GWS enthält darüber hinaus noch weitere Regelungen, welche etwa die Transparenzanforderungen, das Irreführungsverbot und die Spielgestaltung betreffen. Da es sich hierbei zwar um sehr plastische und durchaus lesenswerte Anforderungen handelt, welche jedoch für das systematische Verständnis der Glücksspielmaterie ohne Bedeutung sind, muss an dieser Stelle bereits aus Gründen der Schwerpunktsetzung auf eine detaillierte Darstellung verzichtet und stattdessen auf den Satzungstext verwiesen werden.

Nicht unerwähnt bleiben soll, dass der BayVGH neben den Regelungen, die sich mit „vergleichbaren Telemedien“⁹⁸⁰ befassen, auch eine Reihe weiterer Regelungen für rechtswidrig erklärt hat. So sah das Gericht auch diejenigen Vorschriften als rechtswidrig an, die sich mit

⁹⁷⁹ Auch die Verwendung des Begriffs „Gewinnfragen“ dehnt die Anwendbarkeit nicht auf Gewinnspiele aus. Der Begriff wird ausschließlich an dieser Stelle verwandt, während der Begriff des „Gewinnspiels“ durch die Satzung und den RStV hindurch Verwendung findet. Damit bringt der Satzungsgeber zum Ausdruck, dass in diesem Zusammenhang lediglich die einzelne Frage innerhalb einer Gewinnspielsendung gemeint ist. Im Übrigen ergibt sich diese Intention aber auch aus den Anwendungs- und Auslegungsregeln zur Gewinnspielsatzung der Landesmedienanstalten, in denen es unter anderem heißt: „Für Gewinnspielsendungen gilt: Spiele und Sachpreise, die auf Minderjährige einen großen Anreiz zur Teilnahme ausüben, sind unzulässig.[...]“. Siehe hierzu Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 70.

⁹⁸⁰ § 1 Abs. 2 Nr. 1, 2, § 11 Abs. 5.

dem Schutz der Nutzer vor übermäßiger Teilnahme befassen, namentlich § 8 und § 9 VII, VIII. Das Gericht entschied, dass der benannte Schutzzweck nicht von der Ermächtigungsnorm des § 46 RStV gedeckt sei.⁹⁸¹ Dieser enthalte implizit die Schutzgüter des § 8a RStV in Bezug auf die generelle Zulässigkeit von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen. Dieser grundsätzlichen Zulässigkeit widerspreche es, das Nutzungsverhalten der erwachsenen Teilnehmer derart einzuschränken, dass eine Selbstschädigung ausgeschlossen werde. Vielmehr sei der Schutzzweck in den rein wettbewerbsrechtlich zu kennzeichnenden Funktionen der Transparenz und des Verbotes der Irreführung zu sehen.⁹⁸²

Die Konsequenz der vom BayVGh festgestellten Rechtswidrigkeit dieser Satzungsbestimmungen ist deren Nichtigkeit. Diese gilt jedoch nur in Bezug auf die GWS der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien. Entgegen dem insoweit unpräzisen Wortlaut von § 46 S. 1 RStV⁹⁸³ handelt es sich bei der GWS nämlich nicht um eine *gemeinsame* Satzung der Landesmedienanstalten, sondern vielmehr um 16 inhaltsgleiche Einzelsatzungen.⁹⁸⁴ Sie ist in ihrer Rechtsqualität als „übereinstimmende Satzung“ einzuordnen.⁹⁸⁵ Deshalb bleibt das Schicksal der weiteren Satzungen, die ebenfalls diese Regelungen enthalten, zunächst von der Verwerfung durch das BayVGh unberührt. Allerdings sind die Landesmedienanstalten aufgrund des § 46 RStV zur gemeinsamen Regelung verpflichtet. Im Ergebnis wird diese Verpflichtung erfordern, dass auch die übrigen Länder die festgestellte Rechtswidrigkeit dieser Regelungen der GWS anerkennen und auf deren Vollzug verzichten. Dies entspricht auch der bis zur Umsetzung des Urteils und Aufhebung der beanstandeten Regelungen praktizierten Herangehensweise der Landesmedienanstalten.⁹⁸⁶

⁹⁸¹ BayVGh, Urteil vom 28.10.09 – 7 N 09.1377, ZUM-RD 2010, 102 (115).

⁹⁸² Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 92.

⁹⁸³ „Die Landesmedienanstalten erlassen gemeinsame Satzungen oder Richtlinien zur Durchführung der §§ 7, 7a, 8, 8a, 44, 45 und 45a...“ [Hervorhebung durch den Verfasser].

⁹⁸⁴ Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 46.

⁹⁸⁵ Vesting/Kremer, AfP 2010, 9 (10 f.).

⁹⁸⁶ Müller, in: Hahn/Vesting, § 8a Rn. 50.

3. Fazit

Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen nehmen somit eine Art Sonderrolle ein, da sie – abhängig davon, wie man den Entgeltbegriff des § 3 Abs. 1 GlüStV interpretiert – gegebenenfalls dem Wortlaut des GlüStV unterfallen könnten und sich somit an der Schnittstelle zweier Staatsverträge befinden. Bemerkenswert ist auch die Tatsache, dass diese Spiele trotz des Bestehens ungeklärter Rechtsfragen und Unsicherheiten im Zusammenhang mit diversen Ausgestaltungen bei gleichzeitig bestehender hoher Verbreitung nur verhältnismäßig selten Gegenstand gerichtlicher Beurteilung werden. Dies liegt mitunter daran, dass die verschiedenen Anbieter kein Interesse haben, gegen Konkurrenten vorzugehen, da sie selbst die gleichen Praktiken einsetzen.⁹⁸⁷

Auch soll wegen der enormen wirtschaftlichen Bedeutung aus rechtspolitischer Sicht nicht auf diese Formate verzichtet werden. Dieser gesetzgeberische Wille muss auch in der Auslegung und Interpretation der einschlägigen Vorschriften seinen Niederschlag finden. In erster Linie demonstriert § 8a Abs. 1 RStV den Willen des Gesetzgebers, eine grundsätzliche Zulässigkeit der behandelten Formen von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen zu erreichen. Dieser Wille darf nicht durch die ergänzende Heranziehung weiterer Vorschriften vollständig konterkariert werden. Andererseits besteht aber auch ein Bedürfnis, Rechtssicherheit durch die Schaffung eines normativen Rahmens für diese Spiele zu erreichen. Zum Teil wurde dieser bereits durch die Vorschriften der GWS geschaffen. Aufgrund des Urteils des BayVGh zur Rechtswidrigkeit einzelner Satzungsbestimmungen ist jedoch ein weiteres Tätigwerden des Gesetzgebers zu fordern, insbesondere zur Behandlung der sich den Kompetenzen der Landesmedienanstalten entziehenden Internetgewinnspiele.

Auch bezüglich der weiteren Konkretisierung des im Zusammenhang mit der Möglichkeit von Mehrfachteilnahmen erlaubten bzw. geforder-

⁹⁸⁷ Vgl. *Bahr*, Glücks- und Gewinnspielrecht, S. 136 f.

ten Verhaltens der Anbieter sowie der hieraus resultierenden Rechtsfolge wäre eine gesetzliche Ausgestaltung zur Ausräumung der zurzeit herrschenden Rechtsunsicherheit wünschenswert.

IV. Fantasy Sports/Managerspiele

Denkt man an die möglichen Berührungspunkte von Glücksspiel und Profisport, so verbindet man aufgrund ihrer Verbreitung und Historie hiermit zunächst Pferderennwetten und allgemeine Sportwetten. Diese womöglich willkürlich erscheinende Ausgliederung des Pferderennsports folgt aus der Definition von Allgemeinen Sportwetten als *„jede Wette auf das Ergebnis einer Sportveranstaltung, die keinen Bezug zum Pferdesport hat“*.⁹⁸⁸ Eine Unterscheidung, die, wie oben aufgezeigt, historisch bedingt ist und auch Eingang in den Glücksspielstaatsvertrag, etwa in § 3 Abs. 1 S. 5, gefunden hat. Während die Pferdewetten, wie bereits angesprochen, stark an Bedeutung verloren haben,⁹⁸⁹ sind die allgemeinen Sportwetten, in ihrer Ausgestaltung als Totalisatorwette (z.B. Fußball-Toto), insbesondere jedoch in ihrer Ausgestaltung als Sportwette mit festen Gewinnquoten (Oddset-Wetten), stark nachgefragt und reguliert. In den letzten Jahren hat jedoch eine weitere Spielform stark an Zulauf gewonnen, welche ebenfalls auf die Ereignisse und Ergebnisse von realen Sportereignissen Bezug nimmt. Diese Spielform wird gemeinhin unter dem Begriff „Fantasy Sports“ oder auch „Managerspiele“ zusammengefasst.

1. Darstellung der Funktionsweise

a) Entwicklung des Spiels

Ursprünglich aus den USA stammend und dort auf die im Major League Baseball (MLB) Verband organisierten nordamerikanischen Baseball-Profiligen ausgerichtet, entwickelten sich die heutigen Managerspiele aus Sportsimulationen, die bis in die 20er-Jahre des letzten

⁹⁸⁸ *Wrage*, JR 2001, 405 (405); *Janz*, NJW 2003, 1694 (1695); siehe zur Klassifizierung der Pferdewette bereits oben, Abschnitt E III.

⁹⁸⁹ Siehe hierzu die Grafiken in Abschnitt B II 3 und Abschnitt E III.

Jahrhunderts zurückverfolgt werden können.⁹⁹⁰ Das Spiel war damals wie folgt aufgebaut: Reale Spieler einer MLB-Mannschaft wurden durch eine Spielkarte repräsentiert, die deren jeweilige Attribute und Talente, wie sie in der laufenden Spielzeit eingeschätzt wurden, in Form einer bestimmten Punktzahl beinhaltete. Den Teilnehmern des Spiels wurden dann die Karten zugeordnet, was in Form einer Auktion oder durch das, auch den meisten US-Profiligen zugrunde liegende, „Draft“-System erfolgte. Das „Draft“-System ist ein Modell zur Rekrutierung von Spielern, bei dem jede Mannschaft nacheinander zunächst einen Spieler aus dem Gesamtpool an Spielern auswählt. Haben sämtliche Mannschaften einen Spieler ausgewählt, beginnt die zweite Runde, bei der in derselben Reihenfolge wieder jede Mannschaft einen Spieler auswählt. Dieser Vorgang wiederholt sich, bis alle Mannschaften ausreichend Spieler „gedraftet“ haben. Die Reihenfolge, in welcher die Mannschaften vor dem ersten Durchgang wählen dürfen, bestimmt sich hierbei entweder durch das Los oder durch ihre Platzierung in der Vorsaison (wobei die Reihenfolge gegensätzlich zur Tabellenplatzierung bestimmt wird, sodass das schlechteste Team beginnt und der Vorjahressieger als Letzter an der Reihe ist) oder durch eine Kombination der beiden Modelle. Die Idee des Draftmodells ist es, eine Ausgeglichenheit der Teams zu gewährleisten, um Auswüchse zu verhindern, wie sie etwa dem europäischen Profifußball nachgesagt werden, wo die (wirtschaftlich) erfolgreichsten Vereine durch den Kauf der teuersten und damit vermeintlich besten Spieler ihre Hegemonie über Jahre zementieren oder gar ausbauen können. Gegenüber einer zufälligen Verteilung der Karten bietet der Draft den Vorteil, dass bereits zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit für den Teilnehmer besteht, seine Einschätzung eines Spielers in seine Wahl, insbesondere in die Reihenfolge seiner Wahl, einfließen zu lassen.

Waren die Karten auf die Teilnehmer des Spiels verteilt, so wurde anschließend durch Würfelvorgänge, deren Ergebnis in Bezug zu den auf der jeweiligen Spielerkarte notierten Werten gesetzt wurde, bestimmt, wie viele Punkte der Teilnehmer durch seine Karten erhielt. Derjenige mit der höchsten Gesamtpunktzahl gewann. In den 80er-

⁹⁹⁰ *Edelman*, Harvard Journal on Sports & Entertainment Law 2012, 1 (14 ff.).

Jahren wurden dann vermehrt Computer eingesetzt, die gegenüber Karten den Vorteil hatten, dass mehr Informationen und Statistiken einbezogen werden konnten.

Diese Spielart ermöglichte es den Teilnehmern jedoch nicht, durch das Prognostizieren von zukünftigen Entwicklungen im realen Sportgeschehen Vorteile zu erlangen. Parallel entwickelte sich daher Ende der 70er-Jahre eine Variante des Spieles, bei der die Punkte, die eine Spielerkarte erlangte, nicht durch den Einsatz von Würfeln bestimmt wurden, sondern durch die zukünftige Performance des durch die Karte repräsentierten Baseballspielers in zuvor festgelegten Kategorien.⁹⁹¹ Diese Spielform, welche sich gegenüber den anderen durchgesetzt hat, profitierte insbesondere vom Siegeszug des Internets, durch das der Zugang zu Informationen und der Zusammenschluss mit weiteren Spielteilnehmern erleichtert wurden.⁹⁹² Ende der 1990er-Jahre wurden unter Zugrundelegung derselben Spielprinzipien Managementsimulationen für weitere in den USA populäre Sportarten entwickelt, wie etwa für American Football, Autorennen der NASCAR-Serie, Basketball, Hockey, Golf und das Fliegenfischen. Zum Teil erstreckten sich diese Management-Simulationen auch auf sportfremde Bereiche. So bestand etwa eine Spielvariante aus der Simulation des US-Kongresses, bei der Punkte danach vergeben wurden, wie erfolgreich Gesetzesinitiativen verabschiedet wurden.⁹⁹³ Schätzungen gehen davon aus, dass im Jahre 2015 alleine in Nordamerika über 56 Millionen Menschen an Managerspielen teilnahmen.⁹⁹⁴ Durch die Einsätze zur Spielteilnahme und das breite Angebot an kostenpflichtigen Zusatzdiensten hat sich hierdurch eine Industrie entwickelt, die einigen Schätzungen zufolge jährlich allein in Nordamerika bis zu fünf Milliarden Dollar umsetzt.⁹⁹⁵

⁹⁹¹ *Edelman*, Harvard Journal on Sports & Entertainment Law 2012, 1 (5 ff.).

⁹⁹² Vgl. *Hancock*, Thomas Jefferson Law Review 2009, 317 (323).

⁹⁹³ Vgl. Fantasy Congress, abrufbar im Internet: <<http://www.fantasycongress.net/112/index.php>> (Stand: 13.06.2016); *Boswell*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 2008, 1257 (1259).

⁹⁹⁴ FSTA (Hrsg.), Industry Demographics, abrufbar im Internet: <<http://fsta.org/research/industry-demographics/>> (Stand: 13.06.2016).

⁹⁹⁵ *Boswell*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 2008, 1257 (1276 f.); *Edelman*, Harvard Journal on Sports & Entertainment Law 2012, 1 (11 f.).

b) Heutige Erscheinungsformen in Deutschland

Auch in Deutschland haben Online-Managerspiele in den vergangenen 10 Jahren stark an Popularität gewonnen. Wie es auch den Mitgliederzahlen in den Verbänden und der Popularität innerhalb der Bevölkerung entspricht,⁹⁹⁶ steht hierbei in Deutschland auch im Zusammenhang mit den Online-Managerspielen der Fußball mit weitem Abstand im Vordergrund. Anders als in den USA, wo der durchschnittliche Spielteilnehmer im Zusammenhang mit dem Spiel jährlich 465 \$ investiert,⁹⁹⁷ jedoch auch viel höhere Einsätze und zum Teil Gewinne in Höhe von mehreren Hunderttausend US-Dollar möglich sind,⁹⁹⁸ ist bei den meisten Fußballmanagern, etwa den Marktführern⁹⁹⁹ Comunio und Kicker Manager Spiel (KMS), kein monetärer Gewinn möglich. Auch ist die Teilnahme in den meisten Fällen kostenlos. Zwar bieten einige Anbieter auch eine kostenpflichtige Spielteilnahme an, der Mehrwert liegt hierbei allerdings etwa in dem Ausbleiben von Werbung oder dem erweiterten Zugang zu Statistiken und Datenbanken. Mithin wird selbst bei der kostenpflichtigen Spielvariante der „Einsatz“ nicht zur Teilnahme am Spiel geleistet. Auch wird mit dem Entgelt keine Gewinnchance erworben.

Wie im Zusammenhang mit den Besonderheiten des Internets erläutert wurde, kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass über das Internet von Deutschland aus an US-Managerspielen teilgenommen wird. Auch wenn der größte Teil der deutschen Bundesliga-Managerspiele weder einen glücksspielrechtlich relevanten Einsatz noch einen

⁹⁹⁶ Vgl. DOSB (Hrsg.), Bestandserhebung 2015, S. 9, abrufbar im Internet: <https://www.dosb.de/fileadmin/sharepoint/Materialien%20%7B82A97D74-2687-4A29-9C16-4232BAC7DC73%7D/Bestandserhebung_2015.pdf> (Stand: 13.06.2016).

⁹⁹⁷ Vgl. FSTA (Hrsg.), Industry Demographics, abrufbar im Internet: <<http://fsta.org/research/industry-demographics/>> (Stand: 13.06.2016). Allerdings ist zu beachten, dass nicht die volle Summe als Spieleinsatz gewertet werden kann.

⁹⁹⁸ Vgl. Lee, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review 2008, 53 (54); vgl. etwa auch die Preisstrukturen des NFFC, abrufbar im Internet: <<http://nffc.stats.com/football/home/nffc/index.asp>> (Stand: 13.06.2016).

⁹⁹⁹ Die Anfragen des Verfassers nach aktuellen Mitgliederzahlen und deren Entwicklungen wurden nicht von jedem Anbieter positiv beschieden, so lehnte beispielsweise die Comunio GmbH es ab, sich bezüglich Mitgliederzahlen und deren Entwicklung zu äußern. Die von der Olympia Verlag GmbH (KMS) gelieferten Daten und die Schätzungen der anderen Anbieter verleiten den Verfasser jedoch dazu, davon auszugehen, dass es sich bei Comunio um den Marktführer handelt.

Gewinn vorsieht, besteht darüber hinaus weiterhin die Möglichkeit, dass Teilnehmer unabhängig vom Veranstalter beschließen, Einsätze zu leisten und aus diesen geleisteten Einsätzen Gewinne auszusahlen. Zuletzt ist überdies noch der Sonderfall des „BILD Supermanagers“ zu nennen, welcher kurz nach dessen Einführung im Jahre 2009¹⁰⁰⁰ aufgrund der kostenpflichtigen Teilnahme und der Möglichkeit, verschiedene Preise, mit einem Gesamtwert von 300.000,- €, darunter einen Hauptgewinn in Höhe von 100.000,- € zu gewinnen, hinsichtlich der Frage nach der Qualifizierung als Glücksspiel verschiedene Gerichte beschäftigt hat.

2. Rechtliche Behandlung am Beispiel des „BILD Supermanagers“

Entscheidend für die Einordnung als Glücksspiel wird unter anderem sein, welche Faktoren für Punktgewinne und somit letztlich für den Gewinn des Spieles relevant sind. Ist die Spielidee für alle dem Bereich Fantasy Sports zuzuordnenden Spiele grundsätzlich dieselbe, so werden aufgrund der verschiedenen Abläufe der Sportarten verschiedene Bewertungskriterien in die Beurteilung eines Spielers einfließen. Auch sind manche Sportarten und ihre Regelwerke durchaus komplexer als andere. Ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal ist auch, dass manche Sportarten aufgrund ihres Ablaufes an rein objektiven Kriterien gemessen werden, während es bei anderen ein zusätzliches subjektives Bewertungselement einer Jury gibt.

Beim American Football etwa besteht der Grundgedanke des Spieles darin, durch Lauf- oder Passspielzüge einen Raumgewinn zu erzielen. Endziel ist es, den Spielball durch die Kombination dieser verschiedenen Spielzüge bis in die Endzone des Gegners zu bringen. Hierbei gibt es verschiedene Möglichkeiten, wie der Ball in die Endzone verbracht werden kann. Diese bringen der Mannschaft wiederum verschieden

¹⁰⁰⁰ http://www.axelspringer.de/presse/Nach-erfolgreicher-Saison-2009-2010-BILD-Super-Manager-geht-in-die-naechste-Runde_1443437.html (Stand: 13.06.2016).

viele Punkte. Die Bewertung der Spieler im Rahmen von Fantasy-Football-Ligen erfolgt hierbei anhand von objektiven Werten. Konkret erhält etwa ein Spieler Punkte für durch ihn geschaffenen Raumgewinn. Im Gegenzug erhält ein Spieler Abzug, wenn einer seiner Pässe vom Gegner abgefangen wird oder er den Ball fallen lässt. Auch für die Variante, mit welcher der Ball in die Endzone verbracht wurde, werden verschiedene Punkte vergeben. Ein typisches Punktesystem einer Fantasy-Football league sieht für die Offensive demnach beispielsweise folgendermaßen¹⁰⁰¹ aus:

Punkte	Aktion
1	Punkt für 25 Yards Raumgewinn durch Passabgabe
1	Punkt für 10 Yards Raumgewinn durch Lauf
1	Punkt für 10 Yards Raumgewinn durch Passannahme
4	Punkte für einen Touchdown durch Passabgabe
6	Punkte für einen Touchdown durch Lauf oder Passannahme
1	Punkt pro Point after Touchdown
3	Punkte pro Field Goal (Feldtor) Distanz 0-49 yards
5	Punkte pro Field Goal (Feldtor) Distanz 50+ yards
(-2)	Punkte pro Interception (abgefangener Pass)
(-2)	Punkte pro Fumble (durch Patzer verlorener Ball)

Auch die Team-Verteidigung erhält Punkte, je nach Leistung (zugelassene Yards Raumgewinn, zugelassene Touchdowns etc.).

Im Gegensatz zum American Football ist ein Fußballspiel nicht in einzelne Spielzüge unterteilt. Auch ist es nicht das primäre Ziel, die gegnerische Mannschaft von der eigenen „Endzone“ fernzuhalten. Ziel einer Mannschaft ist einzig und allein, mehr Tore zu erzielen als die gegnerische Mannschaft. Statistisch werden im Rahmen eines Bundesligaspiels durchschnittlich 3 Tore erzielt.¹⁰⁰² Im Rahmen eines Bundesliga-Managerspiels eine Punktevergabe alleine danach vorzunehmen, wer ein Tor erzielte oder wer es verhinderte, ist daher zu wenig, um hierauf ein ganzes Spiel zu basieren. Auch würde eine derartige Punktevergabe der taktischen Aufgabenverteilung innerhalb einer Mannschaft nicht gerecht. Aus diesem Grund arbeiten sämtliche in Deutschland betriebenen Bundesliga-Manager zusätzlich mit einer subjektiven Komponente. An jedem Spieltag erfolgt nach dem Spiel

¹⁰⁰¹ Vgl. NFL, Scoring Settings, abrufbar im Internet: <<http://www.nfl.com/fantasy-football/help/nfl-scoringsettings>>; vgl. zu komplexeren Punktesystemen auch ESPN, Standard Scoring Formats, abrufbar im Internet: <<http://games.espn.go.com/ffl/resources/help/content?name=scoring-formats>> (Stand jeweils: 13.06.2016).

¹⁰⁰² <<http://www.weltfussball.de/statistik/bundesliga/1/>> (Stand: 13.06.2016).

für jeden eingesetzten Spieler eine Benotung anhand der Schulnotenskala (1 - 6). Diese Benotung erfolgt im Falle des BILD Supermanagers durch die Redaktion der BILD Zeitung. Die zugegebenermaßen eher schwammigen Grundlagen für die Notenvergabe wurden auf der Website wie folgt angegeben:

BILD NOTE	BEDEUTUNG	PUNKTE
1	Weltklasse	6
2	Stark	4
3	Durchschnitt	2
4	Ausreichend	0
5	Schwach	(-1)
6	Hat das Geld nicht verdient	(-2)

Daneben erfolgt, wie bei den klassischen amerikanischen Modellen, etwa beim Fantasy-Football, eine Punktevergabe anhand von Ereignissen während des Spielverlaufes:

Ereignis	Punkte			
	TORWART	ABWEHR	MITTELFELD	STURM
Einsatz am Spieltag	2	2	2	2
Startelf	1	1	1	1
Tor	6	5	4	3
Vorlagen	2	2	2	2
zu Null gespielt	4	2	-	-
Gegentore	(-1)	(-1)	-	-
Gelb-Rote Karte	(-3)	(-3)	(-3)	(-3)
Rote Karte	(-5)	(-5)	(-5)	(-5)
mind. 50 % Zweikämpfe gewonnen	2	2	2	2
3 gehaltene Bälle	1	-	-	-

In Deutschland befasste sich zuerst das Verwaltungsgericht Ansbach¹⁰⁰³ mit der rechtlichen Einordnung von Managerspielen. Hintergrund war eine im September 2009 gegen die BILD GmbH & Co KG gerichtete Entscheidung des Freistaates Bayern, welcher BILD die Veranstaltung oder Vermittlung des „Super Managers“ auf ihrer Internetseite in Bayern untersagte. Die BILD GmbH & Co KG erhob daraufhin Klage gegen die Untersagung. Um das Managerspiel bis zu deren Entscheidung weiter auf ihrer Internetseite betreiben zu können, stellte

¹⁰⁰³ VG Ansbach, Beschluss vom 23.02.2010 – AN 4 S 09.01848, openJur 2012, 106132; VG Ansbach, Beschluss vom 19.07.2012 – AN 4 K 11.02346, BeckRS 2012, 58902.

die Antragstellerin zugleich einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz, welchen das Verwaltungsgericht Ansbach mit Beschluss vom 23. Februar 2010 ablehnte. Auch die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin, über die der Verwaltungsgerichtshof Bayern mit Beschluss vom 13. April 2010 zu entscheiden hatte, blieb erfolglos.¹⁰⁰⁴ Das Gericht bejahte sowohl die Entgeltlichkeit als auch die Zufallsabhängigkeit des Spieles im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV. In der Folge befassten sich das VG Düsseldorf¹⁰⁰⁵ sowie als Berufungsinstanz zweimal das OVG Münster¹⁰⁰⁶ und das VG Karlsruhe¹⁰⁰⁷ sowie dessen Berufungsinstanz, der VGH Baden-Württemberg,¹⁰⁰⁸ mit der rechtlichen Einordnung eines Bundesliga-Managerspieles. Im letztgenannten Fall wurde die Revision zugelassen, sodass das Bundesverwaltungsgericht Gelegenheit hatte, sich erstmalig mit der Problematik der Bundesliga-Managerspiele auseinanderzusetzen.¹⁰⁰⁹ Dessen mit Spannung erwartete Entscheidung wurde Anfang Januar 2014 veröffentlicht. Auch in dessen Lichte sollen die einzelnen Urteile, die zum Teil zu gegensätzlichen Ergebnissen gelangten, im Folgenden beleuchtet werden, um anschließend zu prüfen, inwiefern das Urteil des BVerwG die aufgeworfenen Rechtsfragen abschließend beantworten kann und um im Anschluss einen eigenständigen Einordnungsversuch zu wagen.

¹⁰⁰⁴ VGH Bayern, Beschluss vom 13.04.2010 – 10 CS 10.453, ZfWG 2010, 183.

¹⁰⁰⁵ VG Düsseldorf, Beschluss vom 20.04.2010 – 27 L 1529/09, BeckRS 2010, 50528.

¹⁰⁰⁶ OVG Münster, Beschluss vom 29.04.2010 – 13 B 512/10, ZfWG 2010, 187 sowie OVG Münster, Beschluss vom 12.07.2012 – 13 B 734/12, ZfWG 2012, 285.

¹⁰⁰⁷ VG Karlsruhe, Urteil vom 18.10.2010 – 3 K 3226/09.

¹⁰⁰⁸ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23.05.2012 – 6 S 389/11, ZfWG 2012, 279.

¹⁰⁰⁹ BVerwGE 148, 146.

a) Entgeltlichkeit

Die Veranstalterin verneint bereits das Vorliegen einer Entgeltlichkeit im Sinne des GlüStV. Die Teilnahmegebühr beträgt 7,99 € pro Mannschaft. Die Veranstalterin versuchte durch die Offenlegung ihrer Kostenprognosen darzulegen, dass die Teilnahmegebühr lediglich der Deckung der Veranstaltungskosten diene. Konkret ging die Veranstalterin sogar von einem „*Kostenaufwand deutlich über den Netto-Gebühreneinnahmen*“ aus.¹⁰¹⁰ Die Gewinne hingegen würden vollumfänglich von Sponsoren zur Verfügung gestellt. Hierdurch seien die Voraussetzungen, welche der BGH zum Begriff des Einsatzes in § 284 StGB entwickelt hat, nach Ansicht der Veranstalterin nicht erfüllt, da die Gewinnchance des Einzelnen nicht aus der Gesamtheit der Teilnahmegebühren der Mitspieler erwachse.¹⁰¹¹

Hierin spiegelt sich das „klassische“ Verständnis der „Goldkreis“-Entscheidung des BGH wider. Auch wenn dieses Verständnis nach Ansicht des Verfassers ohnehin wie oben dargestellt einer weiteren, am Schutzzweck orientierten Interpretation weichen sollte,¹⁰¹² machen diese Ausführungen deutlich, dass die Einordnung der Managerspiele jedenfalls aus Sicht der Antragstellerin (und der meisten der sich mit dieser Thematik befassenden Gerichte) eng verwoben scheint mit dem der Einordnung zugrunde liegenden Glücksspielbegriff. Die Mehrheit der oben genannten, sich mit diesen Spielen befassenden Gerichte legt einen eigenen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriff zugrunde.¹⁰¹³ Auffällig ist jedoch, dass hierbei zum Teil die Grenzen zwischen einheitlichem und eigenständigem Glücksspielbegriff, in der Form, wie sie im Verlauf dieser Arbeit dargestellt wurden, verwischt werden. So lehnt etwa das VG Ansbach einen einheitlichen Glücksspielbegriff unter Berufung auf den Wortlaut des § 3 Abs. 1 Satz 1

¹⁰¹⁰ VG Ansbach, Beschluss vom 23.02.2010 – AN 4 S 09.01848, openJur 2012, 106132, Rn. 19.

¹⁰¹¹ Vgl. VG Ansbach, Beschluss vom 23.02.2010 – AN 4 S 09.01848, openJur 2012, 106132, Rn. 15.

¹⁰¹² Vgl. oben Abschnitt D II 1 b.

¹⁰¹³ Vgl. VGH Bayern, Beschluss vom 13.04.2010 – 10 CS 10.453, ZfWG 2010, 183; OVG Münster, Beschluss vom 29.04.2010 – 13 B 512/10, ZfWG 2010, 187; VG Ansbach, Beschluss vom 23.02.2010 – AN 4 S 09.01848, openJur 2012, 106132.

GlüStV („Entgelt“) ab.¹⁰¹⁴ Folgerichtig geht das Gericht dann davon aus, dass das im Strafrecht entwickelte, vermeintlich über die Anforderungen des § 3 GlüStV hinausgehende, Unmittelbarkeitskriterium zwischen Einsatz und Gewinnchance auf den eigenständigen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriff keine Anwendung finde, sodass das Vollsponsoring der Preise die „Entgelt“-Qualität des geleisteten Betrages nicht verhindere.¹⁰¹⁵ Im weiteren Verlauf spricht sich das Gericht jedoch dafür aus, dass Unkostenbeiträge nicht dem Entgeltbegriff des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV unterfallen.¹⁰¹⁶ Durch die weiteren Ausführungen und nicht zuletzt durch den Verweis auf ein Urteil des OVG Berlin-Brandenburg wird deutlich, dass es hierbei nicht um den Verwendungszweck des Betrages geht, sondern (zumindest auch) um dessen Höhe.¹⁰¹⁷ Der eigenständige ordnungsrechtliche Glücksspielbegriff des VG Ansbach ist somit eine Mischform, die zwar die Übernahme des im Strafrecht verorteten Unmittelbarkeitskriteriums ablehnt, demgegenüber aber am Erfordernis einer Erheblichkeitsschwelle festhält. Ein solches Verständnis ist insbesondere deshalb überraschend, da der Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 ein Entgelt gerade „für den Erwerb einer Gewinnchance“ fordert, sodass eine gewisse Unmittelbarkeit zwischen Entgelt und Gewinnchance dem Wortlaut immanent ist. Die vom Gericht angenommene Erheblichkeitsschwelle hingegen findet demgegenüber gerade keinen Rückhalt im Wortlaut des GlüStV. Im Rahmen der Diskussion der gegensätzlichen Glücksspielbegriffe entsteht daher auch zum Teil der Eindruck, dass vielen Vertretern eines eigenen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffes die Erheblichkeitsschwelle als eine Art Einfallstor dient, nach dessen Negieren diese dann auch die Übernahme des strafrechtlichen Unmittelbarkeitskriteriums ablehnen.

Dies geschieht zumeist dergestalt, dass Verfechter eines eigenen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffes die Verwendung des Begriffes

¹⁰¹⁴ Vgl. zu dieser Argumentation bereits oben Abschnitt D II 3.

¹⁰¹⁵ Vgl. Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 3 GlüStV Rn. 5.

¹⁰¹⁶ VG Ansbach, Beschluss vom 23.02.2010 – AN 4 S 09.01848, openJur 2012, 106132, Rn. 27 unter Berufung auf OVG Lüneburg, Beschluss vom 10.08.2009 – 11 ME 67/09, NVwZ-RR 2010, 104 (104 f.).

¹⁰¹⁷ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.04.2009 – 1 S 203.08, ZfWG 2009, 190 (192), welches das Erfordernis einer Erheblichkeitsschwelle mit einer am Übermaßverbot orientierten Auslegung des § 3 GlüStV begründet.

„Entgelt“ statt „Einsatz“ als Ansatzpunkt ihrer Argumentation verwenden. Unter anderem durch Berufung auf § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB wird von den Anhängern eines eigenen Begriffes sodann dargestellt, dass jede Leistung unabhängig von ihrer Höhe ein Entgelt darstellt. Nun wird daraufhin zum Teil als unmittelbare Folge dieses am Wortlaut belegten Unterschiedes pauschal die Übernahme sämtlicher zum strafrechtlichen Glücksspielbegriff im Rahmen des § 284 StGB entwickelten Grundsätze abgelehnt.¹⁰¹⁸

Dass auch der GlüStV eine Beziehung zwischen Geleistetem und Gewinnchance verlangt, kann aufgrund des Wortlautes des § 3 Abs. 1 S. 1 nicht geleugnet werden. Vertreten wird daher vielmehr, dass dieses Verhältnis nicht identisch sei mit dem Verhältnis, welches im Rahmen von § 284 StGB von Literatur und insbesondere der Rechtsprechung des BGH entwickelt wurde.

Hierdurch entsteht zum Teil der Eindruck, dass der Begründungsaufwand für ein Negieren der Identität der beiden „Unmittelbarkeitsverhältnisse“ bzw. überhaupt der Begründungsaufwand für das Verneinen der Übernahme sämtlicher im Strafrecht entwickelten Grundsätze in den Augen der Vertreter eines eigenen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffes dadurch gesenkt wurde, dass im Vorhinein durch das „Aufdecken“ einer fehlenden Erheblichkeitsschwelle die vollständige Identität beider Glücksspielbegriffe bereits ausgeschlossen wurde. Zwar wird auch die Nichtübernahme des Unmittelbarkeitskriteriums dann zum Teil noch mit den unterschiedlichen Regelungszielen von StGB und GlüStV gerechtfertigt,¹⁰¹⁹ dies hinterlässt jedoch zum Teil den Beigeschmack einer Art nachgeschobenen Erklärung. Die Vertreter dieser Auffassung müssen sich daher die Frage gefallen lassen, ob diese Argumentation für sich alleine, ohne das vorherige Berufen auf die ja aufgrund der fehlenden Erheblichkeitsschwelle ohnehin widerlegte einheitliche Auslegung, die gleiche Tragkraft hätte.

Die Schwächen einer eigenständigeren Argumentation zeigen etwa die Ausführungen *Steegmanns*, welcher unter Berufung auf den allgemeinen Sprachgebrauch als Unterschied von „Einsatz“ und „Entgelt“

¹⁰¹⁸ So etwa *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, § 3 GlüStV Rn. 5; vgl. auch *Ruttig*, WRP 2011, 174 (175 ff.).

¹⁰¹⁹ Vgl. *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, § 3 GlüStV Rn. 5.

nicht nur die Höhe, sondern auch die Widmung versteht. So zeichne sich im allgemeinen Sprachgebrauch ein Entgelt in Abgrenzung zum Einsatz dadurch aus, dass ein Entgelt für eine Teilnahme erfolge.¹⁰²⁰ An dieser Stelle kann dahingestellt bleiben, ob der allgemeine Sprachgebrauch tatsächlich eine gewisse Dynamik und Zielgerichtetheit in den Einsatzbegriff interpretiert, die dem Entgeltbegriff nicht innewohnt. Mag ein Entgelt somit grundsätzlich für eine Teilnahme entrichtet werden, so konkretisiert § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV jedoch eindeutig, dass das ordnungsrechtlich relevante Entgelt gerade für den Erwerb einer Gewinnchance verlangt werden muss. Unabhängig von der Frage, ob das Verhältnis zwischen Geleistetem und Gewinnchance, welches der Wortlaut des GlüStV verlangt, mit dem strafrechtlichen Verständnis identisch ist, kann jedenfalls nicht die Tatsache geleugnet werden, dass auch § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV überhaupt ein Verhältnis dieser beiden Komponenten fordert. Zur Diskussion steht richtigerweise lediglich die Frage, ob dieses dem Wortlaut immanente Verhältnis von Geleistetem und Gewinnchance dasselbe ist, welches auch im Strafrecht gefordert wird. Ein Entgelt für eine Teilnahmechance erfüllt folglich jedenfalls nicht die Anforderungen des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV.¹⁰²¹

Mit Blick auf den dargelegten Argumentationsstrang überrascht somit der Ansatz des VG Ansbach, welcher im Stile einer „Rosinentheorie“ von einem eigenen ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriff ausgeht, jedoch eine Erheblichkeitsschwelle fordert und das strafrechtliche Unmittelbarkeitskriterium ablehnt. Begrüßenswert ist hierbei jedoch die Tatsache, dass die Ablehnung unter anderem *„wegen der [möglicherweise (Anm. des Verf.)] zu weitgehenden Interpretation der in Bezug genommenen strafrechtlichen Rechtsprechung“* erfolgt.¹⁰²² Der eigene ordnungsrechtliche Begriff des VG Ansbach nähert sich insoweit im Ergebnis sehr stark dem von dieser Arbeit favorisierten einheitlichen Glücksspielbegriffsverständnis an. Die Folgeinstanz, der VGH Bayern,

¹⁰²⁰ Vgl. Steegmann, Die Haftung der Basisinfrastruktur bei rechtswidrigen Internetangeboten, S. 30.

¹⁰²¹ a.A. Steegmann, Die Haftung der Basisinfrastruktur bei rechtswidrigen Internetangeboten, S. 30.

¹⁰²² VG Ansbach, Beschluss vom 23.02.2010 – AN 4 S 09.01848, openJur 2012, 106132, Rn. 26.

legt hingegen den „klassischen“ eigenständigen Glücksspielbegriff zugrunde. Konsequenterweise geht das Gericht in der Folge davon aus, dass auch die Höhe des geleisteten Entgeltes für die Klassifizierung als Glücksspiel ohne Belang sei.¹⁰²³

Der VGH Baden-Württemberg wiederum legt einen einheitlichen Glücksspielbegriff zugrunde und verneint das Erwerben einer Gewinnchance gegen Entgelt.¹⁰²⁴ Diesen Schluss stützte der VGH jedoch primär auf die Tatsache, dass das für das Spiel Geleistete nicht zur Finanzierung der Gewinne diene.

Das BVerwG bestätigt in seinem jüngst veröffentlichten Urteil die Entscheidung des VGH Baden-Württemberg. Das Gericht bestätigt hierbei insbesondere die Annahme eines einheitlichen Glücksspielbegriffes zwischen § 284 StGB und § 3 GlüStV.¹⁰²⁵ Das BVerwG legt allerdings ein anderes Verständnis des strafrechtlichen Einsatzbegriffes zugrunde, indem es feststellt, dass es nicht erforderlich sei, dass sich der Gewinn gerade aus der Entgeltzahlung ergebe.¹⁰²⁶

Trotz dieses, vom Verfasser befürworteten, weiteren Verständnisses des strafrechtlichen Unmittelbarkeitskriteriums lehnt das BVerwG die Unmittelbarkeit zwischen Einsatz und Gewinnchance ab, da *„erst weitere Umstände wie etwa das Verhalten von Mitspielern oder Aktivitäten des Spielteilnehmers selbst die Gewinnchance oder Verlustmöglichkeit entstehen lassen“*.¹⁰²⁷ Das Gericht wertet das Entgelt somit als eine reine Beitritts-/Teilnahmegebühr, ähnlich einem Eintrittsgeld in eine Spielbank, aus dem noch keine Gewinnchance erwächst.

¹⁰²³ VGH Bayern, Beschluss vom 13.04.2010 – 10 CS 10.453, ZfWG 2010, 183 (186); zustimmend VG Düsseldorf, Beschluss vom 20.04.2010 – 27 L 1529/09, BeckRS 2010, 50528 und OVG Münster, Beschluss vom 29.04.2010 – 13 B 512/10, ZfWG 2010, 187.

¹⁰²⁴ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23.05.2012 – 6 S 389/11, ZfWG 2012, 279 (281 ff.).

¹⁰²⁵ BVerwGE 148, 146 (151 ff.).

¹⁰²⁶ BVerwGE 148, 146 (151 f.).

¹⁰²⁷ BVerwGE 148, 146 (153 ff.).

b) Ausübung fehlerfreien Ermessens hinsichtlich der Entgeltlichkeit

Bis zum jüngst veröffentlichten Urteil des BVerwG gingen somit mit Ausnahme des VGH Baden-Württemberg alle sich mit dem BILD Supermanager befassenden Gerichte von der Existenz eines eigenen, nicht mit dem strafrechtlichen Verständnis identischen, ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffes aus. Im Ergebnis war es hierdurch unschädlich, dass darüber hinaus das strafrechtliche Unmittelbarkeitserfordernis von den Gerichten zu eng ausgelegt wurde.

Durch sein Urteil spricht sich das BVerwG nun in einer vorher nicht gegebenen Eindeutigkeit für die einheitliche Auslegung des Glücksspielbegriffes im Strafrecht und im Rahmen des GlüStV aus. Wichtigste Erkenntnis des Urteils ist jedoch nicht die Annahme eines einheitlichen Glücksspielbegriffes, sondern das dargestellte Verständnis des strafrechtlichen Einsatzbegriffes, welches die bis dahin angenommenen Unterschiede zwischen den beiden Begriffen in Teilen nivelliert. Die Einheitlichkeit wird somit gewissermaßen nicht nur durch eine Anpassung des GlüStV-Verständnisses an das strafrechtliche Verständnis, sondern auch auf dem umgekehrten Wege erreicht.

Die Bestätigung eines einheitlichen Glücksspielbegriffes bleibt hiermit jedoch trotzdem nicht ohne Auswirkungen auf die Beurteilung des Sachverhaltes. Bestanden an der Erheblichkeit des Gewinnes, einer Anforderung, welche bei konsequenter Anwendung eines eigenen ordnungsrechtlichen Begriffes ggf. keine Rolle spielen würde, ohnehin keine Zweifel, so kommt dem durch die Annahme eines einheitlichen Begriffes erforderlichen Merkmal der Erheblichkeit des Geleisteten eine Relevanz zu, welche von den Gerichten gegebenenfalls nicht hinreichend gewürdigt wurde. Gingen die konsequent einen eigenständigen Glücksspielbegriff zugrunde legenden Gerichte zumeist davon aus, es komme *„auf die Höhe des Spieleinsatzes und die Relation zu*

anderen Glücksspielen nicht an“,¹⁰²⁸ vermögen auch die Ausführungen der sich mit diesem Merkmal befassenden Gerichte nicht vollends zu überzeugen.

So geht etwa das VG Ansbach trotz Annahme eines eigenständigen Glücksspielbegriffes wohl im Sinne einer am Übermaßverbot orientierten Auslegung¹⁰²⁹ auf das Erfordernis einer gewissen Erheblichkeitsschwelle des Geleisteten ein. Das Gericht führt hierbei die Zielsetzung des GlüStV – die Suchtbekämpfung – an und stellt in diesem Zusammenhang die Höhe des (geringen) Einsatzes der Höhe des möglichen (hohen) Gewinnes gegenüber, um hierdurch zum Schluss einer besonders gefährlichen Anreizfunktion zu gelangen.

Begrüßenswert ist hierbei der Versuch einer am Schutzzweck orientierten Auslegung. Das Ergebnis hingegen vermag nicht zu überzeugen. Eine Besonderheit des Managerspieles ist die Tatsache, dass zwischen dem Moment des Einsatzes und der Entscheidung über Gewinn und Verlust in der Regel mindestens neun Monate liegen, da erst nach Ablauf der gesamten Bundesligaspielzeit feststeht, welcher Teilnehmer gewonnen hat. Wie bereits im Rahmen der Lotterien thematisiert und im weiteren Verlauf hinsichtlich der Besonderheiten des Online-Glücksspiels näher ausgeführt wurde, ist es unter anderem die hohe Ereignisfrequenz eines Spieles, die eine gefährliche Anreizfunktion schafft.¹⁰³⁰ Solche Überlegungen, die im Zusammenhang mit vollständig vom Zufall abhängigen wöchentlichen Lotterien, welche mit Millionengewinnen locken, angestellt werden, müssen erst recht fruchtbar gemacht werden im Falles eines zumindest in Teilen auf Geschicklichkeit basierenden Spieles mit deutlich niedrigeren Gewinnmöglichkeiten, welches über Monate läuft. Das VG Ansbach erkennt somit die Notwendigkeit, im Rahmen der Bestimmung der Erheblich-

¹⁰²⁸ VGH Bayern, Beschluss vom 13.04.2010 – 10 CS 10.453, ZfWG 2010, 183 (186); OVG Münster, Beschluss vom 29.04.2010 – 13 B 512/10, ZfWG 2010, 187; VG Düsseldorf, Beschluss vom 20.04.2010 – 27 L 1529/09, BeckRS 2010, 50528.

¹⁰²⁹ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.04.2009 – 1 S 203.08, ZfWG 2009, 190 (192).

¹⁰³⁰ Vgl. Hayer/Meyer, Sucht 2003, 212 (214 f.); Vgl auch Apfel, Riskante Sehnsucht nach dem Jackpot, abrufbar im Internet: <http://www.focus.de/gesundheit/ratgeber/psychologie/sucht/euro-lotto-erhoeht-suchtgefahr-riskante-sehnsucht-nach-dem-jackpot_aid_700830.html> (Stand: 13.06.2016). Vgl zu den Suchtgefahren oben Abschnitt C I.

keit des Einsatzes die außergewöhnliche Spieldauer zu berücksichtigen. Besinnt man sich jedoch auf die Funktion des Merkmals der Erheblichkeit als Abgrenzung zum harmlosen Unterhaltungsspiel und bestimmt die Erheblichkeit des Einsatzes etwa danach, ob der Betrag die Summe übersteigt, die anderenfalls für eine Unterhaltung ähnlicher Dauer hätte hingegeben werden müssen,¹⁰³¹ so ist fraglich, ob ein Einsatz von 7,99 € für ein neun Monate dauerndes Spiel tatsächlich als erheblich angesehen werden kann. Auch gibt es – anders als bei „klassischen“ Turnieren – keine Möglichkeit eines vorzeitigen regelbedingten Ausscheidens, sodass die Spieldauer für alle Teilnehmer neun Monate beträgt. An dieser Stelle soll der in der Literatur im Rahmen der Bestimmung der Erheblichkeit auf große Zustimmung treffende Vergleich mit der zehn Euro kostenden zweistündigen Kinovorstellung in Erinnerung gerufen werden,¹⁰³² welcher im vorliegenden Fall jedenfalls zu einer ausführlicheren Diskussion des Merkmales führen sollte. Die Teilnahme eines Spielers ist, jedenfalls in der den späteren Entscheidungen zugrunde liegenden Ausgestaltung des Spiels, auch auf maximal 10 Mannschaften beschränkt.¹⁰³³ Die Tatsache, dass jede dritte Mannschaft kostenlos ist, kann wohl mit Recht als eine Art Animation zur Mehrfachteilnahme verstanden werden,¹⁰³⁴ die jährlichen maximalen Gesamtkosten des Spieles werden hierdurch jedoch auch auf 55,93 Euro begrenzt. Aufgrund der Ausgestaltung des Spieles werden selbst bei Teilnahme mit der maximalen Anzahl an Teams diese Kosten in der Regel auch alle vor dem ersten Spieltag entstehen, da es im Interesse des Spielers ist, an jedem der 34 Bundesliga-Spieltage Punkte zu erhalten. Es besteht somit gerade nicht die bei vielen Online-Spielen typische Gefahr, dass im Verlauf des Spieles, um auf Ereignisse zu reagieren oder Fehleinschätzungen zu korrigieren, weiteres Geld geleistet wird.

¹⁰³¹ Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 13; vgl. bereits oben Abschnitt D II.

¹⁰³² Vgl. Wohlers/Gaede, in: NK, § 284 Rn. 13; zustimmend Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 8.; Hambach/Münstermann, K&R 2009, 458 (460).

¹⁰³³ Lediglich dem Beschluss des VG Ansbach vom 23.02.2010 – AN 4 S 09.01848, openJur 2012, 106132, Rn. 6 scheint eine hinsichtlich der Zahl der „Teams“ unbeschränkte Spielausgestaltung zugrunde zu liegen. Bereits die Folgeinstanz, der VGH Bayern sowie die weiteren Gerichte einschließlich des BVerwG urteilten über eine auf 10 Teams begrenzte Ausgestaltung.

¹⁰³⁴ So etwa VG Ansbach, Beschluss vom 23.02.2010 – AN 4 S 09.01848, openJur 2012, 106132, Rn. 27.

Zudem vollführt das VG Ansbach mit seiner Argumentation einen Drahtseilakt, indem es die Erheblichkeit des Einsatzes damit begründet, dass er aufgrund seiner geringen Höhe (!) einen erheblichen Anreiz zur Teilnahme schafft.¹⁰³⁵ Zwar mag dem Gericht dahingehend zuzustimmen sein, dass es im Sinne einer wirksamen Suchtbekämpfung erforderlich sein kann, das Verhältnis zwischen dem vom Spieler Aufgewendeten und dem Wert des Gewinnes zu berücksichtigen, um aufgrund der hierdurch geschaffenen Anreizwirkung mit zunehmender Höhe des Gewinnes auch die Schwelle für die Beträchtlichkeit des Einsatzes zu senken.¹⁰³⁶ Allerdings bildet eine solche Betrachtung lediglich einen Faktor, der bei der Bestimmung der Erheblichkeit einfließen muss. Überdies lässt sich eine solche Argumentation auch nicht grenzenlos ausdehnen. So lagen der Entscheidung des OVG Lüneburg, auf welche sich das VG Ansbach beruft, etwa Einzeleinsätze von 15 bzw. 30 Euro zugrunde, welche sich zu monatlichen Gesamtaufwendungen von 120 bzw. 240 Euro summieren konnten.¹⁰³⁷ Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint die nahtlose Übernahme dieser Überlegung auf eine „Einsatz“-Höhe von 7,99 Euro fragwürdig. Vollends abzulehnen ist die vom Gericht aufgestellte These, dass es *„nicht fernliegend [sei (Anm. des Verf.)], dass das streitgegenständliche Bundesliga-Managerspiel die Inanspruchnahme weiterer Glücksspielangebote – insbesondere Sportwettangebote – fördert und somit dem Entstehen von Glücksspielsucht Vorschub leistet“*.¹⁰³⁸ Gerade weil sich das Managerspiel von der Sportwette dadurch unterscheidet, dass keine Aussage über den Ausgang einzelner Partien getroffen werden muss,¹⁰³⁹ ist nicht ersichtlich, inwiefern das eine Angebot die Nutzung des anderen fördert. Einen Beleg dieser These blieb auch

¹⁰³⁵ Vgl. VG Ansbach, Beschluss vom 23.02.2010 – AN 4 S 09.01848, openJur 2012, 106132, Rn. 27.

¹⁰³⁶ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.04.2009 – 1 S 203.08, ZfWG 2009, 190 (192); OVG Lüneburg, Beschluss vom 10.08.2009 – 11 ME 67/09, NVwZ-RR 2010, 104 (105).

¹⁰³⁷ Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 10.08.2009 – 11 ME 67/09, NVwZ-RR 2010, 104 (105).

¹⁰³⁸ VG Ansbach, Beschluss vom 23.02.2010 – AN 4 S 09.01848, openJur 2012, 106132, Rn. 27.

¹⁰³⁹ Hiervon geht jedoch die Mehrheit der Gerichte aus, vgl. etwa VGH Bayern, Beschluss vom 13.04.2010 – 10 CS 10.453, ZfWG 2010, 183 (186); VG Ansbach, Beschluss vom 23.02.2010 – AN 4 S 09.01848, openJur 2012, 106132, Rn. 18.

das Gericht schuldig, sodass der Eindruck entsteht, eine grundsätzliche Verteufelung sämtlicher Online-Spiele, denen eine grundsätzliche Verknüpfung untereinander unterstellt wird, solle über eine holprige Argumentation der Beträchtlichkeit des Einsatzes hinweghelfen. Im Sinne des Schutzzweckes wäre es hingegen zu prüfen, ob die grundsätzlichen Faktoren, welche das Spielen im Internet besonders gefährlich machen, für das konkrete Spiel von Relevanz sind. So ist etwa die ständige Erreichbarkeit von Internetglücksspielen ein wichtiger Faktor bei der Bestimmung der Suchtgefahr. Beim BILD Supermanager ist jedoch während des gesamten Spielverlaufes ab der Teilnahme kein weiterer Mitteleinsatz mehr möglich. Somit ist zwar das Spiel, nicht aber die Möglichkeit zum Einsatz rund um die Uhr eröffnet. Auch die Ereignisfrequenz, der diesbezüglich eine herausragende Rolle zugesprochen wird, vermag keine Suchtgefahr zu begründen. Die in der Regel wöchentlich stattfindenden Bundesliga-Partien sind Teil eines einheitlichen Spielvorganges, welcher in Gänze neun Monate dauert. Die Gefahr einer schnellen Spielabfolge ist somit gerade nicht gegeben. Im Lichte einer am Schutzzweck orientierten Auslegung ist das Vorliegen eines Einsatzes mithin abzulehnen.

c) Zufallsabhängigkeit

Während diejenigen, die bereits die Unmittelbarkeit des Einsatzes ablehnen, folgerichtig davon ausgehen, dass die Zufallsabhängigkeit somit dahingestellt bleiben könne, überrascht die Kürze, in welcher die ein Glücksspiel annehmenden Gerichte die Zufallsabhängigkeit des Spiels bejahen. So gesteht etwa das VG Ansbach dem Managerspiel zwar zu, dass es „*Spielräume für die Willensbetätigung der Spielteilnehmer*“ bietet, sieht trotz des hierdurch verkörperten Geschicklichkeitselements allerdings außerhalb der Einflussosphäre der Spielteilnehmer liegende Faktoren als dominierend an.¹⁰⁴⁰ Wünschenswert

¹⁰⁴⁰ VG Ansbach, Beschluss vom 23.02.2010 – AN 4 S 09.01848, openJur 2012, 106132, Rn. 28 f.

wäre an dieser Stelle ein stärkeres Eingehen auf die Besonderheiten des Spieltypes. So verwundert etwa auch die Aussage des VGH Bayern, dass das Managerspiel „[...] *in vieler Hinsicht dem Glücksspiel Toto vergleichbar* [...]“ sei.¹⁰⁴¹

Dieser Vergleich erschließt sich bereits deshalb nicht, weil durch die Ausführungen zum Spielaufbau erkennbar wurde, dass der Ausgang einzelner Fußballspiele gerade keine Relevanz für den Erfolg des Spielteilnehmers hat. Auch eine differenziertere Auseinandersetzung mit den dargestellten subjektiven (Bewertung durch eine Jury) und objektiven (Tore, Paraden, Zweikampfquote, ...) Punktekriterien wird vermisst.

Auch andere, in Deutschland populäre, kostenlose Bundesliga-Managerspiel-Anbieter bewerten anhand einer Kombination aus subjektiven und objektiven Kriterien.¹⁰⁴² Bezüglich der subjektiven Kriterien erfolgt die Benotung hierbei jeweils durch Sportjournalisten verschiedener Sportredaktionen.¹⁰⁴³ Auf Anfrage des Verfassers gaben die Anbieter an, dass die Benotungen durch mehrere Personen gemeinschaftlich erfolgen, um eine „*objektivere*“ Benotung zu gewährleisten. Nichtsdestotrotz fiel anhand einzelner, vom Verfasser durchgeführter Stichproben in der Bundesliga-Saison 2013/2014 auf, dass die von den verschiedenen Portalen anhand der Schulnotenskala vergebenen Noten zum Teil stark voneinander abwichen. In einem Fall lag sogar die maximal mögliche Abweichung (Schulnote 1 bzw. 6 für denselben Fußballspieler am selben Spieltag) vor. Auffällig war auch die Tatsache, dass schlechte Noten zum Teil unter Verweis auf die Vorbildfunktion von Profisportlern selbst mit außerhalb des Spielfeldes liegenden Verfehlungen der Spieler begründet wurden.

Aus diesen Schilderungen wird ersichtlich, dass subjektive Kriterien, insbesondere wenn die Bewertungsparameter so vage sind (Klassifizierung einer Leistung als „*Weltklasse*“, „*Stark*“ oder „*Durchschnitt*“),

¹⁰⁴¹ VGH Bayern, Beschluss vom 13.04.2010 – 10 CS 10.453, ZfWG 2010, 183 (186).

¹⁰⁴² Beispielhaft zu nennen wären hier die Marktführer „Kicker Manager Spiel“ sowie „Comunio“. Vgl. hierzu bereits Abschnitt G IV 1 b.

¹⁰⁴³ Das Angebot der Olympia Verlag GmbH bezieht sich auf die von der Website Kicker.de vergebenen Noten, während das Angebot der Comunio GmbH sich auf die Benotung der Redakteure von sportal.de bzw. ab der Saison 2015/2016 spox.com bezieht.

wohl als lediglich bedingt durch die Geschicklichkeit des Teilnehmers beeinflussbar bewertet werden müssen.

Bezüglich sämtlicher objektiver Kriterien erscheint eine solche Annahme allerdings überhastet. Gerade die oben am Beispiel des American Football geschilderte Existenz von Managerspielen, die vollständig auf subjektive Bewertungskriterien verzichten, führt dazu, dass eine solche Auseinandersetzung nicht nur von akademischem Interesse wäre, sondern in absehbarer Zeit eine hohe Praxisrelevanz erhalten könnte.

Da wiederum an die Fähigkeiten des Durchschnittsspielers angeknüpft wird, zeigt sich abermals die Wichtigkeit, auf Spieler abzustellen, denen das Spiel eröffnet ist und die darüber hinaus für ein solches Spiel empfänglich sind (gegenseitige Erreichbarkeit).¹⁰⁴⁴ Sowohl die Spezialisierung des Spieles als auch dessen neunmonatige Dauer bilden hierbei eine erhebliche Hemmschwelle zur Teilnahme. Mithin ist davon auszugehen, dass der Durchschnittsspieler über ein hohes Maß an Fußballinteresse und eine Affinität für Management-Simulationen verfügt. Dem Teilnehmer werden vom Anbieter auch eine ganze Reihe statistischer Auswertungen zu Spielerleistungen und Marktentwicklungen zur Verfügung gestellt. Sinn und Zweck ist es gerade, eine Spielsituation zu kreieren, die so nah wie möglich an die reale Tätigkeit eines Bundesliga-Trainers/Bundesliga-Managers herankommt. Der Spielansatz ist somit ähnlich dem des weiter oben erwähnten Börsenspiels, bei dem unter teilweise erleichterten Bedingungen eine möglichst realistische Börsen-Erfahrung erzeugt werden soll. Für ein Überwiegen des Geschicklichkeitsanteils spricht überdies die Tatsache, dass sämtliche mit Vertragsverhandlungen verbundenen Unwägbarkeiten im Spiel ausgeschlossen sind. Ein Teilnehmer eines Bundesliga-Managerspiels kann seine Mannschaft somit innerhalb weniger Minuten entsprechend seinen Vorstellungen und dem zur Verfügung stehenden Budget zusammenstellen, ohne auf Faktoren wie Wechselbereitschaft oder Vertragssituation des Fußballspielers Rücksicht nehmen zu müssen.

¹⁰⁴⁴ Vgl. hierzu bereits oben Abschnitt D I 2

Was bleibt, sind somit die Unwägbarkeiten und Zufälle, die jeden Sport beeinflussen. Zu nennen wäre hier beispielhaft die Verletzung eines Fußballspielers. Für die Annahme eines Geschicklichkeitsspiels wird es hierbei entscheidend darauf ankommen, wie viel Einflussmöglichkeiten der Teilnehmer hat, um bspw. auf ein Formtief oder eine Verletzung eines Fußballspielers zu reagieren. Auch hier werden die Spiele von den meisten Anbietern so angelegt, dass ein möglichst realistisches Abbild der wahren Manager-/Trainertätigkeit erzeugt wird. Mithin wird von den Teilnehmern sowohl ein langfristiger Vorhersagehorizont als auch ein kurzfristiges Reagieren gefordert.

Im Ergebnis sollten daher jedenfalls Managerspiele, die keine subjektive Bewertungskomponente beinhalten, als Geschicklichkeitsspiel eingeordnet werden, soweit sie dem Teilnehmer ein ausreichendes Maß an Handlungsmöglichkeiten eröffnen.

3. Fazit

Nach dem Gesagten zeigt sich, dass das Managerspiel somit eine neue Spielvariante ist, die abermals die Probleme aufzeigt, welche die bestehenden glücksspielrechtlichen Abgrenzungskriterien im Umgang mit Spielen, insbesondere gemischten Spielen, haben. Das Managerspiel reiht sich hierbei, wie etwa auch das Pokerspiel in der Variante Texas Hold'em¹⁰⁴⁵, in eine ganze Reihe von Spielen ein, welche sich nicht eindeutig an § 3 Abs. 1 GlüStV messen lassen.¹⁰⁴⁶ Skeptiker mögen sich hierdurch darin bestärkt sehen, einem radikalen Ansatz zu folgen und die Unterteilung in Glücks- und Geschicklichkeitsspiele vollends aufzugeben,¹⁰⁴⁷ etwa zugunsten einer ausschließlich auf die

¹⁰⁴⁵ Für eine überwiegende Zufallsabhängigkeit vgl. etwa BGH, Urteil vom 28.09.2011 – I ZR 93/10, GRUR 2012, 201 (208). Für die Einordnung als Geschicklichkeitsspiel, jedenfalls für das im Turniermodus ausgeführte Spiel, vgl. *Holznagel*, MMR 2008, 439 (441 ff.). Interessant ist auch die bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen erfolgte Einordnung als Geschicklichkeitsspiel durch den BFH, Urteil vom 16.09.2015 – X R 43/12, DStR 2015, 2651, (Rn. 28); zust. *Schiefer/Quinten*, DStR 2013, 686 (689). Vgl. zur Gesamthematik *Rock/Fiedler*, ZfWG 2008, 412.

¹⁰⁴⁶ Vgl. *Pagenkopf*, NJW 2012, 2918 (2119).

¹⁰⁴⁷ Vgl. *Dickersbach*, WiVerw 1985, 23 (36); auch *Ennuschat*, in: GS Tettinger, 41 (54 f.) merkt an, dass auch Nicht-Glücksspiele die Gefahr von Spielsucht auslösen können.

Gefährlichkeit abstellenden Abgrenzung.¹⁰⁴⁸ Tatsächlich fällt etwa beim Managerspiel auf, dass neben der Einsatzproblematik auch die Zufallsabhängigkeit nicht so eindeutig ist wie bei „klassischen“ Glücksspielen. Die beim Managerspiel zum Tragen kommenden Zufallsfaktoren sind andere, weniger eindeutige als etwa bei einem Münzwurf oder dem Roulettespiel. Die an den Geschicklichkeitsanteil eines Spieles anknüpfende Grenzziehung gerät hierbei aufgrund ihrer Unschärfe in die Gefahr, sich dem Vorwurf einer willkürlichen, mit dem Rechtsverständnis der Allgemeinheit nicht mehr in Einklang zu bringenden Grenzziehung ausgesetzt zu sehen.

Eine vollständige Aufgabe der Anknüpfung an die Merkmale Glücks- und Geschicklichkeitsspiel erscheint jedoch aufgrund ihrer Verwurzelung in Recht und Gesellschaft problematisch.¹⁰⁴⁹ Nicht zuletzt die im historischen Teil dieser Arbeit aufgezeigte phasenweise Ächtung des Glücksspiels zeigt auf, dass die Unterscheidung von Glücks- und Geschicklichkeitsspiel auch ideologisch aufgeladen ist. Auch *Kühne* zeichnet ein ähnliches Bild, wenn er darstellt, dass etwa jedes auf Gewinnerhöhung gerichtete Geschäftsverhalten trotz Kenntnissen und Erfahrungen ungewissen Zukunftseignissen unterliegt. Die Annahme, dass der kenntnisreichere und erfahrenere Geschäftsmann häufiger Erfolg haben werde, ist ihm zufolge empirisch nicht belegt, sondern nur eine Ausprägung des in unserer Leistungsgesellschaft herrschenden Wunsches, dass Leistung sich lohne.¹⁰⁵⁰

Fällt eine völlige Aufgabe der Abgrenzung Glücksspiel/Geschicklichkeitsspiel somit schwer, so zeigt das Beispiel der Managerspiele bei einer ermessensfehlerfreien Bewertung jedoch Möglichkeiten auf, Kriterien zu formen, welche eine dem Schutzzweck gerecht werdende Einordnung ermöglichen. Hierfür ist es jedoch erforderlich, genau auf die jeweiligen Spielabläufe einzugehen. Eine solche Auseinandersetzung macht deutlich, dass etwa der Vergleich des Managerspieles mit dem Fußball-Toto, welchen der Bayrische VGH anstellt, verfehlt ist. Das Managerspiel ist keine Aneinanderreihung einzelner Sportwetten.

¹⁰⁴⁸ Vgl. *Glöckner/Towfigh*, JZ 2010, 1027 (1035).

¹⁰⁴⁹ Dies fordern jedoch etwa *Glöckner/Towfigh*, JZ 2010, 1027 (1035).

¹⁰⁵⁰ Vgl. *Kühne*, in: FS Schroeder, 545 (551 f.); vgl. auch *Huizinga*, *Homo Ludens*, S. 64.

Es kommt für den Spielerfolg im Rahmen des Managerspieles gerade nicht auf die richtige Vorhersage einzelner Spiele an. Auch werden sich in der vom Teilnehmer zusammengestellten Mannschaft Fußballspieler unterschiedlicher Bundesligavereine befinden. Da deren Vereine gegeneinander antreten, ließe sich sogar die Behauptung aufstellen, dass Spielergebnisse unter gewissen Umständen überhaupt keinen Einfluss auf den Spielerfolg haben. Aufgrund dieses grundsätzlichen Unterschiedes können für die Einordnung als Glücks-/Geschicklichkeitsspiel auch nicht die zur Sportwette erfolgten Überlegungen von *Glöckner/Towfigh* übernommen werden. Letztere kamen im Rahmen einer empirischen Untersuchung zur Zufallsabhängigkeit der Sportwette zu dem Ergebnis, dass die Geschicklichkeit lediglich bei kurzfristigem Vorhersagehorizont einen Einfluss auf den Wetterfolg hatte.¹⁰⁵¹ Eine Besonderheit des Managerspieles ist jedoch gerade die Länge der Spielsequenz, welche im Idealfall (auch) einen langfristigen Vorhersagehorizont erfordert, um diejenigen Fußballspieler in einer Mannschaft zusammenzustellen, die im Verlauf einer gesamten Bundesligaspielzeit den größten Erfolg haben werden. Durch die Möglichkeit, jeden Spieltag die Aufstellung und die Formation der Mannschaft zu ändern und zu gewissen Transferzeitpunkten Fußballspieler zu kaufen und zu verkaufen, beinhaltet das Managerspiel jedoch zugleich auch Elemente, die einen kurzfristigen Vorhersagehorizont erforderlich machen.

Es wäre aufgrund dieser Besonderheit wünschenswert, wenn die Länge der Spielsequenz nicht nur im Rahmen der Bestimmung der Erheblichkeit des für das Spiel geleisteten „Einsatzes“, sondern darüber hinaus bei der Beurteilung der Zufallsabhängigkeit Berücksichtigung finden würde. Hier drängt sich etwa ein Vergleich zum Skatspiel auf, welches von Rechtsprechung und Literatur als Geschicklichkeitsspiel angesehen wird.¹⁰⁵² Allerdings wird in diesem Zusammenhang zum Teil mit Recht angemerkt, dass beim Skat zwar auf Dauer die Geschicklichkeit den überwiegenden Faktor darstelle, für die einzelne Partie jedoch auch das Glück in Form der Verteilung guter Spielkarten

¹⁰⁵¹ Vgl. *Glöckner/Towfigh*, JZ 2010, 1027 (1032).

¹⁰⁵² Vgl. BFHE 55, 335 (336); *Krehl*, in: Leipziger Kommentar, § 284 Rn. 9.

ausschlagend sei.¹⁰⁵³ Ein auf eine längere Zeit ausgelegtes Spiel sollte daher auch im Rahmen der Bestimmung der Maßgeblichkeit der Fähigkeiten des Spielers als eine einheitliche Sequenz betrachtet werden. Im Unterschied etwa zu Poker und vielen anderen Spielen scheiden im Verlauf des Managerspiels auch keine Spieler aufgrund ihrer Leistungen regelbedingt aus. Für sämtliche Spieler unabhängig vom Verlauf der ersten Spieltage beträgt die Spieldauer wie dargestellt neun Monate. Für die Beurteilung solcher sich aus mehreren Einzeleignissen zusammensetzenden Abläufe stellt sich an einer anderen Stelle des Rechts eine ähnliche Frage. So liegt im Strafrecht im Zusammenhang mit dem Rücktritt vom Versuch eine ähnliche Konstellation vor. Die dort im Rahmen der Diskussion von Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre gegen Erstere erhobene Kritik kann auch für die hier zu entscheidende Frage, welche Abläufe für die Bewertung der Zufallsabhängigkeit berücksichtigt werden, fruchtbar gemacht werden. Eine isolierte Betrachtung (des einzelnen Spieltages) führt zu einer künstlichen Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorganges.¹⁰⁵⁴ Bemessungsgrundlage muss somit das ganze Spiel sein. Für die Fähigkeiten sollte aus den bereits an anderer Stelle dargelegten Gründen abermals auf den Durchschnitt der Spieler abgestellt werden, bei denen das Merkmal der „gegenseitigen Erreichbarkeit“ vorliegt. Auch hier stellt die pure Spiellänge eine Besonderheit dar, da davon auszugehen ist, dass die „Hemmschwelle“, an einem neun Monate dauernden Spiel teilzunehmen, höher bzw. das Interesse niedriger ist als bei einem Spiel, bei dem Sekunden nach dem Einsatz bereits die Entscheidung über Gewinn oder Verlust feststeht. Dass eine solche Gruppe von den Gerichten im Zuge einer Auseinandersetzung mit dem Merkmal der Zufallsabhängigkeit gebildet worden wäre, darf indes aufgrund des Abstellens auf den „*eher unbedarften*“ Spieler, eine

¹⁰⁵³ Vgl. *Kretschmer*, ZfWG 2007, 93 (96 f.); *Holznagel*, MMR 2008, 439 (441); so war etwa bereits das VG Berlin der Ansicht, dass Skat erst nach 20-30 Spielen zum Geschicklichkeitsspiel werde, vgl. VG Berlin vom 27.04.1956 – I A 164.56, zitiert nach .BVerwGE 17, 182 (190).

¹⁰⁵⁴ Vgl. zur Einzelaktstheorie und ihrer Ablehnung etwa *Roxin*, Strafrecht AT II, § 30 Rn. 178 ff., Rn. 207.

Wortwahl, die auf ein Abstellen auf die Spieler, denen das Spiel eröffnet ist, hindeutet,¹⁰⁵⁵ bezweifelt werden.¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 28.11.2002 – 4 StR 260/02, NStZ 2003, 372 (373).

¹⁰⁵⁶ Vgl. VG Ansbach, Beschluss vom 19.07.2012 – AN 4 K 11.02346, BeckRS 2012, 58902

H. Reformvorschläge

Die bisherigen Ausführungen machen deutlich, dass das Glücksspielrecht in seiner aktuellen Ausgestaltung von diversen Unzulänglichkeiten geprägt ist. Diese reichen von der unzureichenden Berücksichtigung der technischen Besonderheiten von Online-Glücksspielen bis hin zur fehlenden Kohärenz der Regelungen. Um diesen Unzulänglichkeiten zu begegnen, sollen im Folgenden einige konkrete Vorschläge dargestellt werden, mit deren Hilfe das Glücksspielrecht in eine stringendere und im Hinblick auf das Ziel der Suchtprävention effizientere Regelung überführt werden könnte.

I. Kohärenz als Leitgedanke einer Glücksspielreform

Bei einer Reform des deutschen Glücksspielrechts müsste die Herstellung der vom EuGH wiederholt geforderten Kohärenz ein primäres Ziel sein. Wie bereits erläutert wurde, verlangt das Prinzip der Kohärenz, dass die Strenge der vorhandenen Regelungen in einem systematisch nachvollziehbaren Bezug zur Gefährlichkeit der jeweiligen Glücksspiele steht. Gefährlichere Glücksspiele müssen strenger behandelt und überwacht werden als weniger gefährliche. Die Aufgabe ist für den Gesetzgeber keine leichte, nicht zuletzt, da die Regulierung des Glücksspielmarktes auch beträchtliche fiskalische Auswirkungen für den Staat hat. So flossen allein im Jahr 2014 insgesamt 3,5 Milliarden Euro dem Staat oder staatlich geförderten Einrichtungen durch staatlich regulierte Glücksspiele zu.¹⁰⁵⁷

Aus methodischer Sicht gibt es zur Erfüllung der Kohärenzanforderungen des EuGH zwei mögliche Reformansätze für den Glücksspielsektor. Einerseits kann eine grundlegende und systematische Neuordnung des Glücksspielrechts derart vorgenommen werden, dass die

¹⁰⁵⁷ Vgl. Meyer, in: Jahrbuch Sucht 2016, S. 133 f.

gesamte Materie überprüft und die unterschiedlichen Spielformen in Beziehung zueinander gesetzt werden. Andererseits wäre es ebenfalls denkbar, einen kleineren Reformansatz zu wählen, bei dem der Glücksspielmarkt lediglich für innereuropäische, ausländische Angebote vollständig geöffnet würde und die inländischen Beschränkungen in ihrer aktuellen Systematik erhalten blieben. Dies wäre im Hinblick auf die Forderungen des EuGH unproblematisch, da sogenannte Inländerdiskriminierungen¹⁰⁵⁸ durch das Unionsrecht – nach herrschender Meinung – nicht verboten sind.¹⁰⁵⁹ Diese Lösung kann jedoch nicht von der Bundesrepublik angestrebt werden, da sie zu einem schwerwiegenden wettbewerblichen Nachteil deutscher Glücksspielanbieter führen und gleichzeitig in Bezug auf ausländische Angebote das Ziel der Suchtbekämpfung nicht hinreichend berücksichtigen würde.

Somit wird dem Gesetzgeber mittelfristig keine Alternative bleiben als eine umfassende Reform des Glücksspielrechts. Innerhalb dieser systematischen Neuordnung wird beispielsweise auch die Erforderlichkeit des Staatsmonopols im Lotteriebereich unter die Lupe genommen werden müssen. Zwar hat der EuGH bereits entschieden, dass Art. 49 EG dahingehend auszulegen sei, dass ein Staatsmonopol für bestimmte Glücksspieltypen nicht per se europarechtswidrig ist, da es den einzelnen Mitgliedsstaaten selbst überlassen bleiben soll, zu bestimmen, welches konkrete Schutzniveau sie im Glücksspielsektor für ihre Verbraucher anstreben.¹⁰⁶⁰ Voraussetzung ist jedoch, dass die Regelung in sich und im Verhältnis zu den anderen Regelungen schlüssig ist. Als stärkstmöglicher Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit muss das Staatsmonopol somit in einem angemessenen Verhältnis zur Gefährlichkeit des hierdurch regulierten Glücksspiels stehen. Dies wird bei ein- oder zweimal wöchentlich veranstalteten Lotterien schwer zu begründen sein. Denkbar ist zwar, dass der Gesetzgeber diesbezüglich argumentiert, dass allein die Limitierung des Lottoangebots, welche durch das Staatsmonopol gewährleistet wird, zu dessen gerin-

¹⁰⁵⁸ Ausführlich zu dem Begriff der „Inländerdiskriminierung“ *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516 (517 ff.).

¹⁰⁵⁹ Vgl. *Oberhäuser*, NVwZ 2012, 25 (28).

¹⁰⁶⁰ EuGH, Urteil vom 15.09.2011 – Rs. C-347/09 (Dickinger und Ömer), Slg. 2011 – I-08185.

gem Gefährdungspotenzial führt, da hierdurch die Frequenz der Ziehungen auf einem kontrolliert niedrigen Niveau gehalten werden kann. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass der Staat selbst sein Angebot an Lotterien über die Jahre stets erweitert hat.¹⁰⁶¹ Darüber hinaus bestünde selbst bei einer Öffnung des Marktes die Möglichkeit, die Zulässigkeit eines Lotterieangebotes von der Erfüllung diverser Nebenbestimmungen hinsichtlich der Höhe des Jackpots, der Häufigkeit der Ziehungen und des Verhältnisses dieser Kriterien zueinander abhängig zu machen. Insofern wird eine kohärente Regelung des Glücksspielrechts auch mit einer Öffnung des Lotteriemonopols einhergehen müssen. Anderenfalls könnte das Kohärenzerfordernis nur durch eine stärkere Verstaatlichung des gesamten Glücksspielbereichs erfüllt werden, wenn nämlich auch die gefährlicheren (insbesondere Automaten-)Spiele ebenfalls der unmittelbaren staatlichen Kontrolle unterworfen würden.

Entgegen einigen Erwartungen¹⁰⁶² wurde die Inkohärenz des GlüStV durch den EuGH im Rahmen seiner Digibet-Entscheidung (noch) nicht festgestellt.¹⁰⁶³ Nichtsdestotrotz wird der deutsche Gesetzgeber mittelfristig – soweit er nicht eine insgesamt strengere Regelung anstrebt, welche jedoch wirtschaftliche Nachteile mit sich bringen würde – auch im Hinblick auf das Online-Glücksspiel eine Liberalisierung vornehmen müssen. Es fragt sich somit, wie diese Liberalisierung im Einzelnen gestaltet werden könnte, damit die europarechtlichen Anforderungen erfüllt werden.

Eine Liberalisierung würde zu einem Anstieg des Angebots an Glücksspielen führen und damit auf den ersten Blick den Zielsetzungen des nationalen Glücksspielrechts zuwiderlaufen. Berücksichtigt man jedoch die Tatsache, dass zurzeit die mitunter gefährlichsten Glücksspiele ohnehin einer liberalen Regelung unterliegen sowie die Tatsache, dass eine effektive Gefahrenabwehr aufgrund der Verbreitung des Mediums Internet und der daraus resultierenden Erreichbarkeit

¹⁰⁶¹ So sind auf der gemeinsamen Internetseite der staatlichen Lotterie der Länder bereits sechs verschiedene Lotteriespielarten benannt (6 aus 49, Spiel 77, Super 6, Eurojackpot, Glücksspirale, KENO), mit der Folge, dass an sieben Tagen in der Woche Lotterien stattfinden. Vgl: <<http://www.lotto.de/de/informationen/lotto-6aus49/spielregeln.html>> (Stand: 13.06.2016).

¹⁰⁶² Vgl. *Leupold*, GRUR-Prax 2013, 116 (116).

¹⁰⁶³ Vgl zum Ganzen oben, Abschnitt E I 3.

ausländischer Glücksspielangebote realistisch nicht zu gewährleisten ist, stellt eine weitere Kriminalisierung eines gesellschaftlich akzeptierten und anerkannten Phänomens keinen angemessenen Umgang mit diesen Problemen dar. Vorzugswürdig wäre eine Liberalisierung, die tatsächlich zu einer Befriedigung des Marktbedürfnisses führt und damit in der Lage ist, eine Abwanderung hin zu unlizenzierten Spielen, die für Verbraucher besonders gefährlich sind, zu verhindern.

Bei einer vorzunehmenden Öffnung des Glücksspielmarktes sollte sich am Gewerberecht orientiert werden. Das Gewerberecht beinhaltet nämlich bereits die erforderlichen Instrumentarien zur Kontrolle der unterschiedlichen gewerblichen Tätigkeiten und enthält auch Regelungen für Gewerbe mit erhöhtem Gefahrenpotenzial.¹⁰⁶⁴ Als besonderes Gefahrenabwehrrecht enthält das Gewerberecht bereits Begrifflichkeiten wie diejenige der Zuverlässigkeit, die geeignet sind, eine freie wirtschaftliche Betätigung zu erlauben und dabei gleichzeitig die erforderliche präventive Gefahrenabwehr zu leisten.

Zunächst müsste bei einer Neuregelung festgestellt werden, dass grundsätzlich jede Art von Glücksspiel einer Genehmigung bedarf. Grundlage der Genehmigung müsste die im Einzelfall festgestellte Gefährlichkeit des Glücksspiels bilden. Diese würde dann bei der Festlegung von Auflagen hinsichtlich des zeitlichen Umfangs des Betriebs, des Sitzes des Betriebs, der Überwachung durch die Behörden sowie der Anforderungen an die Zuverlässigkeit des Betreibers Berücksichtigung finden. Beispielsweise könnte der erhöhten Suchtgefährlichkeit von Online-Glücksspielen dadurch Rechnung getragen werden, dass die Betreiber zu bestimmten Sicherheitsmaßnahmen verpflichtet würden, wie dem Einsatz von Wettlimits oder zeitlich verzögerten Gewinnausschüttungen. Solche Maßnahmen würden die die Sucht begünstigenden Umstände im Internet abschwächen, sodass die Gefährlichkeit auf ein hinnehmbares Maß gesenkt werden könnte.

Nicht erforderlich wäre hingegen eine gesetzliche Beschränkung der Anzahl von Erlaubnissen oder Konzessionen. Eine solche Beschränkung führt nämlich nicht zwingend zu einem höheren Schutzniveau für

¹⁰⁶⁴ So beispielsweise das Lebens- und Futtermittelrecht, das Arzneimittelrecht und Elemente des Gaststättenrechts.

die Teilnehmer eines Glücksspiels. Während dies gegebenenfalls im Bereich der Spielhallen einen positiven Effekt haben kann, ist die Anzahl der lizenzierten Spielangebote im Internet nahezu bedeutungslos. Gehen einem Spieler die legalen deutschen Spielangebote aus, kann er auf beliebig viele illegale oder nur im Ausland zugelassene Angebote ausweichen. Um dieses Abwandern in die Illegalität zu verhindern, ist es sinnvoll, einen ausreichenden Markt für streng geregelte Online-Glücksspiele zuzulassen. Dieser Markt wird sich an der Nachfrage orientieren und somit kein wesentliches Überangebot vorhalten. Wenn die Regulierung dafür sorgt, dass die erforderlichen Sicherheitsbestimmungen eingehalten werden, würde ein solcher Markt die bereits vom derzeitigen GlüStV erstrebte, aber nicht erreichte Kanalisierungsfunktion erfüllen können.

In allgemeinen Bestimmungen könnten Regelbeispiele für das Entziehen oder Ablehnen der Erlaubnis wegen fehlender Zuverlässigkeit des Betreibers geregelt sowie verfahrensrechtliche Bestimmungen getroffen werden. Entscheidend bei einem solchen umfassenden Gesetz wäre unter anderem die bereits angesprochene Beendigung des Staatsmonopols bezüglich großer Lotterien. Hierin liegt jedoch womöglich eine geringere Gefahr für den Fiskus, als befürchtet zu werden scheint. Die staatliche Lotterie kann nämlich nunmehr auf eine sehr lange Tradition zurückblicken. Zudem würde eine Lotterie, welche vom Staat veranstaltet wird, bei den Verbrauchern ein gegenüber ihren Mitbewerbern besonders hohes Maß an Vertrauen genießen. Hinzu kommt die Tatsache, dass es einer privat veranstalteten Lotterie schwer fiele, die Reichweite und Jackpöthöhe der Staatslotterie zu erreichen. Deshalb besteht die begründete Vermutung, dass auch in einem wettbewerblich organisierten System die staatliche Lotterie weiterhin eine erhebliche Einnahmequelle für den Staat bliebe. Dabei müsste sich der Staat auch nicht länger den Vorwurf gefallen lassen, dass er das Staatsmonopol an einem eigentlich unerwünschten Verhalten lediglich aus fiskalischen Gründen aufrechterhalte.¹⁰⁶⁵ Vielmehr könnte der Staat frei am Wettbewerb auf einem offenen Markt teilneh-

¹⁰⁶⁵ Vgl. *Kauder*, in: *Schmittmann*, S. 33.

men. Bei einer grundsätzlichen Liberalisierung des Glücksspielmarktes kämen zudem erhebliche Einnahmen über die Gewerbesteuern der veranstaltenden Unternehmen hinzu, die zurzeit keine Möglichkeit haben, legal in Deutschland Glücksspiele anzubieten.¹⁰⁶⁶

II. Erfordernis einer bundeseinheitlichen Regelung

Die oben eingehend beschriebenen Besonderheiten des Internetglücksspiels – insbesondere dessen grenzüberschreitender Charakter und Reichweite – sowie die Pflicht zur Herstellung eines kohärenten Regelungsgefüges lassen die Frage aufkommen, ob die Gesetzgebungszuständigkeit, wie sie in diesem Bereich vom Grundgesetz vorgesehen ist, zeitgemäß und vor allem mit dem Unionsrecht vereinbar ist oder ob nicht dringender Reformbedarf diesbezüglich besteht.

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Bereits an früherer Stelle dieser Arbeit wurde erläutert, dass das Spielrecht traditionell einer dualen Ordnung unterliegt.¹⁰⁶⁷ Hiernach ließ sich das Spielrecht in zwei Teile untergliedern: das gewerbliche Spielrecht einerseits und das Recht der Spielbanken, Sportwetten und Lotterien andererseits. Das gewerbliche Spielrecht wurde kompetenzrechtlich als Teil des „Rechts der Wirtschaft“ auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt¹⁰⁶⁸ und in der Gewerbeordnung des Bundesgesetzgebers geregelt, während die weiteren Bereiche des Spielrechts als besonderes Ordnungsrecht den Ländern zur Regelung zugewiesen waren.

¹⁰⁶⁶ Vgl. bezüglich Alternativen zur momentanen Glücksspielbesteuerung auch Caesar, in: Glücksspiel im Umbruch, 25 (31 ff.), welcher auf die Möglichkeit einer Umsatzbesteuerung eingeht.

¹⁰⁶⁷ Vgl. Ennuschat, in: Pielow, § 33h Rn. 1.

¹⁰⁶⁸ Vgl. BVerfGE 115, 276 (318 f.).

Dass diese Zuordnung nicht zwingend ist, liegt auf der Hand. Die Unterschiede zwischen der Aufstellung und dem Betrieb von Spielautomaten und der Veranstaltung sonstiger Glücksspiele ist teilweise marginal, die Grenzen sind fließend. Dies ist bereits daran erkennbar, dass sich das in der GewO geregelte Spielen an Spielautomaten ohne Weiteres unter die oben dargestellte Definition eines Glücksspiels subsumieren ließe. Es handelt sich nämlich um ein Spiel, bei dem der Spieler Geld für eine Gewinnchance hingibt und die Entscheidung über Gewinn und Verlust überwiegend vom Zufall abhängt. Bedenkt man diese Gemeinsamkeit, besteht der einzige wesentliche Unterschied der Spielautomaten zu sonstigen Glücksspielen darin, dass diese durch ein aufgestelltes Gerät vollbracht werden. Dieser Unterschied alleine muss jedoch nicht zwingend eine gänzlich andere rechtliche Behandlung rechtfertigen. Gerade auch im Lichte der neueren Überlegungen des EuGH zum Erfordernis einer auch horizontal bestehenden Kohärenz muss dies sogar stark angezweifelt werden. Überdies ist selbst dieser Unterschied nicht immer gegeben. Eine differenzierte Behandlung von Spielbanken und Spielhallen ist beispielsweise nur insoweit mit dem Kohärenzgebot vereinbar, als abweichende Suchtgefahren bestehen. Allerdings bieten Spielbanken neben dem „großen Spiel“ (Roulette, Black Jack, Poker) verstärkt auch das sogenannte „kleine Spiel“ an.¹⁰⁶⁹ Dieses besteht aus Automatenspielen, wie sie auch aus Spielhallen bekannt sind. Der bloß unterschiedliche Ort des Spielvorganges (Spielbank statt Spielhalle) kann jedoch im Sinne der Kohärenz kein Anknüpfungspunkt für eine unterschiedliche Behandlung der beiden Vorgänge sein.¹⁰⁷⁰ Bei genauerer Betrachtung fällt in diesem Zusammenhang gar auf, dass bereits die inhaltliche Unterscheidung, ob eine Spielbank oder eine Spielhalle vorliegt, „nicht trennscharf möglich ist“,¹⁰⁷¹ da eine Annäherung des äußeren Erscheinungsbildes von Spielbanken und Spielhallen stattgefunden hat.¹⁰⁷² Eine Unterscheidung sei somit maximal auf quantitativem Weg möglich, da Verlust- (und Gewinn-)höhe in Spielhallen im Gegensatz zu

¹⁰⁶⁹ Hartmann, in: Hartmann/Pieroth, S. 140.

¹⁰⁷⁰ So auch Hartmann, in: Hartmann/Pieroth, S. 143.

¹⁰⁷¹ Hartmann, in: Hartmann/Pieroth, S. 139.

¹⁰⁷² Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, § 2 GlüStV Rn. 12.

Spielbanken durch die Spielverordnungen limitiert werden.¹⁰⁷³ Dass dennoch eine unterschiedliche Behandlung von Spielbanken und Spielhallen stattfindet, folgt bereits aus dem GlüStV, welcher in § 2 Abs. 2 und Abs. 3 zum Teil unterschiedliche Anwendungsbereiche für Spielbanken und Spielhallen festlegt. Hieraus folgen dann auch verschiedene Ansätze der Suchtbekämpfung, welche *Hartmann* anschaulich mit dem mittelalterlichen Vergleich des Burgtor-Prinzips bei der Spielbank (Zugang wird streng überwacht, danach kaum Schutzinstrumente) bzw. des Stallwachen-Prinzips bei der Spielhalle (kaum Zugangskontrollen, Schutzinstrumente greifen erst innerhalb der Spielhalle) illustriert.¹⁰⁷⁴ Diese beiden Systeme sind hinsichtlich der Suchtprävention inkohärent.¹⁰⁷⁵

Betrachtet man – die Inkohärenz vorweggenommen – die Materie nun unbefangen von der bestehenden Systematik, wird deutlich, dass der gesamte Bereich des Glücksspielrechts Teil des Rechts der Wirtschaft im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist. Dies hat sogar das Bundesverfassungsgericht bestätigt, als es sich mit den Sportwetten zu befassen hatte.¹⁰⁷⁶ Auch der EuGH ordnet entgegen der Auffassung einiger Regierungen vergleichbare Konstellationen „dem Wirtschaftsleben“ zu.¹⁰⁷⁷

a) Spielhallen

Die Kompetenzzuweisung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist sehr weitreichend und umfasst – bis auf wenige Ausnahmen – das gesamte Wirtschaftsleben, inklusive seiner Steuerung und Organisation.¹⁰⁷⁸ Dass hierunter auch das Recht des Glücksspiels fallen muss, leuchtet – insbesondere bei Betrachtung der zuvor erläuterten Umsatzzahlen der

¹⁰⁷³ Vgl. *Peters*, ZRP 2011, 134 (134).

¹⁰⁷⁴ Vgl. *Hartmann*, in: *Hartmann/Pieroth*, S. 135 ff.

¹⁰⁷⁵ *Hartmann*, in: *Hartmann/Pieroth*, S. 137, welcher feststellt, dass die Systeme darüberhinaus bereits dem aus dem Grundgesetz folgenden Konsistenzgebot zuwiderlaufen.

¹⁰⁷⁶ Vgl. BVerfGE 115, 276 (276 ff.).

¹⁰⁷⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 24.03.1994 – Rs. C-275/92 (H.M. Customs and Excise / Schindler), Slg. 1994, I-01039, Rn. 16 ff., dort bezogen auf Lotterien.

¹⁰⁷⁸ Vgl. *Seiler*, in: *Epping/Hillgruber*, Art. 74 Rn. 32.

Industrie – unmittelbar ein. Dennoch ist bei Art. 74 GG zum Schutz der föderalistischen Ordnung immer ein größerer Begründungsaufwand gefordert, ehe zu dem Ergebnis einer Zuständigkeit des Bundes gelangt werden kann. Einige Bereiche der Wirtschaft sind deshalb bereits in der Norm explizit ausgeklammert und damit den Ländern zur Regelung zugewiesen. Diese sind das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte. Da das Recht der Spielhallen zu den hier aufgezählten Regelungsbereichen zählt, erlaubt das Grundgesetz keine Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für diesen Bereich.

Um an dieser Stelle eine Änderung herbeizuführen, bedürfte es einer Verfassungsänderung, die sicherlich aufgrund der erheblichen Länderinteressen, welche die treibende Kraft hinter den Erweiterungen der Ausnahmetatbestände im Rahmen der Föderalismusreform 2006 waren, schwer zu erreichen wäre.¹⁰⁷⁹ Dennoch vermag diese Zuständigkeitszuweisung vor dem Hintergrund der Erlaubnispflichtigkeit von Spielgeräten nach Gewerbeordnung und damit einem Bundesgesetz nicht zu überzeugen. Die Spielhallengesetze der Länder enthalten nämlich Bestimmungen, die ebenfalls überwiegend im Zusammenhang mit Spielautomaten und „sonstigen Spielgeräten“ im Sinne der §§ 33c ff. GewO stehen. Schließlich definiert sich die Spielhalle vielfach bereits über den Anwendungsbereich dieser Normen. So heißt es beispielsweise in § 1 des Saarländischen Spielhallengesetzes:

(2) „Eine Spielhalle oder ein ähnliches Unternehmen im Sinne dieses Gesetzes ist ein Unternehmen oder ein Teil eines Unternehmens im stehenden Gewerbe, das ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele im Sinne des § 33c Absatz 1 Satz 1 der Gewerbeordnung (GewO) oder des § 33d Absatz 1 Satz 1 GewO dient.

(3) Soweit nicht in diesem Gesetz abweichende Regelungen getroffen werden, finden im Übrigen die Gewerbeordnung und die Verordnung

¹⁰⁷⁹ Vgl. zu den öffentlichen Einnahmen aus Glücksspielen bereits oben Abschnitt B II 3 a.

über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (Spielverordnung – SpielV) sowie auf diesen Rechtsgrundlagen erlassene Vorschriften in der jeweils geltenden Fassung weiterhin Anwendung.“¹⁰⁸⁰

Diese zwiegespaltene Zuständigkeitszuweisung lässt sich teilweise durch den übrigen Gehalt der Spielhallengesetze erklären. Wie bereits oben geschildert, beziehen sich nämlich einige Normen in den Landesspielhallengesetzen auf bauordnungsrechtliche Sonderfragen.¹⁰⁸¹ Dennoch steht die Sonderregelung der Spielhallen durch die Länder der sicheren Erreichung einer vollständigen Kohärenz entgegen, da auf diesem Gebiet sämtliche Länder die Möglichkeit haben, eigene, voneinander abweichende Regelungen zu treffen, wie zuletzt der zeitweilige Alleingang Schleswig-Holsteins veranschaulicht hat. Dieser Alleingang hat auch verdeutlicht, dass die Länder erhebliche fiskalische und gesamtwirtschaftliche Interessen daran haben können, ein gegenüber den Nachbarländern liberaleres Glücksspielrecht zu verabschieden. Darüber hinaus ist die Notwendigkeit einer landesrechtlichen Regelung in Bezug auf Spielhallen vor dem Hintergrund der bestehenden Regelungen des Gewerberechts für die in den Spielhallen aufgestellten Spielgeräte infrage zu stellen. Die Regelungen des Landesrechts können nämlich ohnehin nicht die gesamte Materie betreffen, sondern vielmehr lediglich die rein ordnungsrechtlichen Aspekte abdecken. Denkbar wäre es somit, sämtliche Regelungen, die den glücksspielrechtlichen Teil des Betriebs einer Spielhalle, einschließlich aller Zuverlässigkeitsaspekte in Bezug auf den Betreiber, betreffen, in einem einheitlichen Bundesgesetz unter Berücksichtigung der im Weiteren zu erläuternden Gedanken zusammenzutragen und lediglich die Bauordnungsvorschriften in den Bauordnungen der Länder unterzubringen, zumal die Bauordnungen der Länder ohnehin bereits Vorschriften enthalten, welche nur bestimmte Nutzungsformen betreffen.¹⁰⁸²

¹⁰⁸⁰ Ähnliche, teilweise wortgleiche Vorschriften finden sich auch in den Spielhallengesetzen der übrigen Länder.

¹⁰⁸¹ Vgl. § 3 SpielhG-SH, § 2 SpielhG-HES und § 4 SpielhG-Saar.

¹⁰⁸² Vgl. beispielhaft die §§ 44 ff. HBauO, wo unter anderem Regelungen zu Ställen, Gärfutterbehältern und Dungstätten sowie zu Arbeits- und Versammlungsstätten enthalten sind.

b) Spielbanken

Trotz der wohl bestehenden europarechtlichen Sinnhaftigkeit einer solchen geschlossenen Regelung der Glücksspielmaterie kann nicht geleugnet werden, dass ihre Erreichung – da mit einer Verfassungsänderung verbunden – insoweit erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringt. Die Kohärenzanforderungen des EuGH werden aber mittelfristig ohnehin dazu führen, dass die bestehenden Regelungen zu Spielhallen neu überdacht werden müssen. Insofern böte sich eine Neuordnung insgesamt an, um eine schlüssige Systematik im gesamten Glücksspielbereich zu erreichen. Gleiches gilt jedoch auch für den Bereich der Spielbanken, die als klassisches Gefahrenabwehrrecht ebenfalls den Ländern zur Regelung zugewiesen sind.¹⁰⁸³ Bei einer Überarbeitung der Glücksspiele betreffenden Gesetzgebungskompetenz spräche vieles für eine Zuordnung auch dieser Materie zum Recht der Wirtschaft, bei der eine bundeseinheitliche Regelung aus den genannten Erwägungen heraus erforderlich wäre. Zwar hat das BVerfG in einem Beschluss aus dem Jahre 1970 einer Qualifizierung der Tätigkeit einer Spielbank als wirtschaftliche Betätigung explizit widersprochen¹⁰⁸⁴ und diese Entscheidung im Jahr 2000 bestätigt,¹⁰⁸⁵ angesichts der zwischenzeitlichen Entwicklungen sowie der Vergleichbarkeit dieses Lebensbereichs zu dem der Spielhallen erscheint die damalige Argumentation des Gerichts jedoch nicht mehr überzeugend.

Allein die Tatsache, dass das Gefahrenabwehrrecht eine Rolle beim Betrieb einer Spielbank spielt, rechtfertigt nicht die Bestimmung einer Landesgesetzgebungskompetenz. So erkennen auch *Pieroth/Görisch*, dass *„auch für die Beschränkungen des Gewerbes, welche neben der Gewerbefreiheit seit jeher vom Gewerberecht (als Teil des*

¹⁰⁸³ Vgl. *Dietlein*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Einf. Rn. 9.

¹⁰⁸⁴ Vgl. BVerfGE 22, 119 (146 ff.).

¹⁰⁸⁵ Vgl. BVerfGE 102, 197 (199, 214), worin das Gericht jedoch lediglich auf den Bestand seiner vorherigen Entscheidung zur Einordnung der Spielhallen zum Bereich der Wirtschaft verweist, ohne hierfür neue Argumente anzuführen. An späterer Stelle kommt das Gericht mit dieser Argumentation ins Schleudern, da es gleichzeitig dafür plädiert, dass das Betreiben einer Spielbank die Ausübung eines Berufs im Sinne des Art. 12 GG darstellt. An dieser Stelle begnügt sich das Gericht mit der Feststellung, dass im Bereich des Art. 12 ein anderer Maßstab gelte als im Zusammenhang mit dem Recht der Wirtschaft, ohne dies näher zu erläutern.

*Rechts der Wirtschaft) geregelt werden, [...] die Gefahrenabwehr der Hauptgrund“ ist.*¹⁰⁸⁶ Das BVerfG selbst gibt zudem vor, dass die Verknüpfung ordnungsrechtlicher Aspekte mit wirtschaftsrechtlichen Normen an sich noch nicht die grundsätzliche Zuordnung des gesamten Lebensbereichs zum Gefahrenabwehrrecht rechtfertigt, sondern sich die ordnungsrechtlichen Aspekte als Annex klassifizieren lassen können, die in Konsequenz auch demjenigen Sachgebiet zuzuordnen sind, zu dem sie in einem notwendigen Zusammenhang stehen.¹⁰⁸⁷ Im Ergebnis sah das BVerfG jedoch den Schwerpunkt bei den Spielbanken in der Gefahrenabwehr, da die Zulassung von Spielbanken nur dahingehend verstanden werden könne, „*dass durch sie die natürliche Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung geschützt werden soll*“.¹⁰⁸⁸ Dabei seien die vom Betreiber erzielten Gewinne nicht das Ergebnis einer wirtschaftlichen Betätigung, sondern vielmehr „*Zufallsprodukt des wechselnden Spielverlaufs*“.¹⁰⁸⁹ Das Gericht meinte auch, dass die wirtschaftlichen Aspekte der Betätigung deshalb nicht im Vordergrund stünden, da keine Rede davon sein könne, dass sich der Spielbankbetrieb mit der „*Erzeugung, Herstellung oder Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs*“ befasse.¹⁰⁹⁰ Dieses Argument kann keine Tragfähigkeit haben, da auch Dienstleistungen – auch solche der Unterhaltungsbranche – unstreitig wirtschaftliche Betätigungen darstellen.¹⁰⁹¹ Auch das Argument, dass die erzielten Gewinne des Spielbankbetreibers lediglich Zufallsprodukt des wechselnden Spielverlaufs seien, ist nicht stichhaltig. In vielen Bereichen der Wirtschaft hängt die Gewinnerzielung letztlich auch von Zufälligkeiten ab und nicht ausnahmslos vom Fleiß des Unternehmers. Dies lässt sich jedenfalls im gesamten Umfeld der Vermögensverwaltung erkennen, egal ob Investitionen auf dem Aktienmarkt oder auf dem Immobilienmarkt getätigt werden. Aber auch im Bereich der klassischen Produkterzeugung hängt der Gewinn mitunter auch von der zufälligen Entwicklung des Preises von Komponenten oder Zutaten ab. Darüber

¹⁰⁸⁶ *Pieroth/Görisch*, NVwZ 2005, 1225 (1226).

¹⁰⁸⁷ Vgl. BVerfGE 8, 143 (149 f.).

¹⁰⁸⁸ Vgl. BVerfGE 22, 119 (148).

¹⁰⁸⁹ Vgl. BVerfGE 22, 119 (147).

¹⁰⁹⁰ Vgl. BVerfGE 22, 119 (147).

¹⁰⁹¹ Vgl. beispielhaft BVerwGE 97, 12 (14).

hinaus wird bereits daraus ersichtlich, dass der Betrieb einer Spielbank nicht lediglich von zufälligen Entwicklungen abhängt, dass der Betreiber zweifelsohne – das erkennt auch das BVerfG in seiner Entscheidung an – mit Gewinnerzielungsabsicht handelt und diese sich im Regelfall – zum Teil bereits aufgrund der Ausgestaltung der Spiele (vgl. etwa das Zéro-Feld beim Roulette) – auch verwirklicht.¹⁰⁹² Dies wird wohl das Gericht auch zu der – angesichts seiner späteren Erläuterungen – inkonsequenten Bezeichnung des Klägers als „Unternehmer“ verleitet haben.¹⁰⁹³

Auch die Vergleichbarkeit der Spielbanken mit den Hallen, in denen Spielautomaten nach § 33c GewO betrieben werden, spricht deutlich für eine Zuordnung zum Bereich der Wirtschaft. Der Betrieb unterscheidet sich lediglich darin, dass in Spielbanken das Spiel durch Menschen statt durch Geräte gesteuert wird, wobei dieser Aspekt – wie oben ausgeführt – in den letzten Jahren auch in den Spielbanken einem Wandel unterliegt. Die Gefahren insbesondere für die Entwicklung oder Verschlimmerung einer Spielsucht sind vergleichbar, da etwa in beiden Fällen eine schnelle Spielabfolge erreicht werden kann. Daran, dass die Spielhallen dem Bereich der Wirtschaft zuzuordnen sind, kann kein Zweifel bestehen. Schließlich hat der Gesetzgeber selbst seine Auffassung, dass der Betrieb von Spielhallen zum Recht der Wirtschaft im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gehört, im Rahmen der Föderalismusreform 2006 kundgetan, indem er die explizite Ausnahme dieses Bereichs aus dem Anwendungsbereich der konkurrierenden Gesetzgebung anordnete. Wäre der Betrieb einer Spielhalle bereits inhaltlich keine wirtschaftliche Betätigung, bedürfte es auch nicht der Erwähnung als Ausnahme in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, um die Gesetzgebungskompetenz der Länder aufrechtzuerhalten.

Bei Spielbanken kommen die gleichen Prinzipien zum Tragen wie bei Spielhallen. Es ist auch nicht ersichtlich, warum die Steuerung des Ablaufs eines Spiels entweder durch einen automatischen Mechanismus oder durch eine Person (in der Funktion eines Croupiers oder Dealers)

¹⁰⁹² Vgl. BVerfGE 22, 119 (147).

¹⁰⁹³ Vgl. BVerfGE 22, 119 (120).

über die Zuordnung des gesamten Betriebes als wirtschaftliche Betätigung entscheiden soll. Schließlich dienen auch die Spielhallen der Befriedigung des Spieltriebs der Bevölkerung. Dessen klare ausdrückliche Zuordnung zum Recht der Wirtschaft in der Verfassung legt eine Zuordnung auch des Rechts der Spielbanken zum Bereich des Wirtschaftslebens nicht nur nahe, sondern verpflichtet quasi hierzu. Eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Zuordnung zum Recht der Wirtschaft lässt sich lediglich aus einem historischen Kontext heraus erklären, jedoch keinesfalls durch sachliche Erwägungen rechtfertigen. Mithin sprechen die deutlich besseren Argumente dafür, dass sich auch der Betrieb von Spielbanken als Teil des allgemeinen Wirtschaftslebens begreifen lässt.

c) Lotterien

Ähnlich kann bei den Lotterien argumentiert werden, insbesondere in Anbetracht der hohen Einnahmen des Staates durch diese Spielform. Wäre der Markt hier auch für private Anbieter geöffnet, stellte auch die Veranstaltung von Lotterien eine wirtschaftliche Betätigung dar, wie es bereits heute bei der Lotterievermittlung der Fall ist. Auch in diesem Bereich kann nicht angezweifelt werden, dass die Betreiber aus rein wirtschaftlichen Motiven heraus ihre Tätigkeit vollbringen. Es bedürfte verfassungsrechtlich zur Vereinheitlichung der Gesetzgebungskompetenz für den gesamten Bereich des Glücksspielrechts somit „lediglich“ der Streichung der Ausnahmeregelung bezüglich der Spielhallen durch Verfassungsänderung.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁹⁴ Den „Bedarf einer Bereinigung des derzeitigen Kompetenzwirrwarrs“ sieht auch Dietlein, der jedoch für eine umfassende Länderzuständigkeit plädiert und eine solche als „auf absehbare Zeit politisch nicht realisierbar“ einstuft, vgl. Dietlein, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Einf. Rn. 8.

d) Übrige Glücksspielmaterie

Für die übrige Glücksspielmaterie gilt keine explizite Zuweisung der Gesetzgebungszuständigkeit zu den Ländern. Deshalb ist sie als Teil des Wirtschaftslebens grundsätzlich von der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit betroffen. Allerdings gilt bei Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auch die Subsidiaritätsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG.¹⁰⁹⁵ Danach darf der Bund nur tätig werden, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Das heißt konkret, dass die Rechtssetzung durch den Bund auf dem Gebiet der Wirtschaft voraussetzt, dass eine unterschiedliche Regelung zwischen den Ländern gewichtige Nachteile mit sich bringt, die nur durch eine übergeordnete Regelung abzuwenden sind.¹⁰⁹⁶ Von den in dieser Norm genannten Zielen kommt in Bezug auf das Glücksspielrecht die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse in Betracht. Diese Erforderlichkeit ist nach dem Bundesverfassungsgericht gegeben, wenn eine Rechtszersplitterung droht, die derart problematische Folgen mit sich bringt, dass sie sowohl im Bundes- als auch im Länderinteresse nicht hingenommen werden kann,¹⁰⁹⁷ oder Rechtsunsicherheiten entstehen, die unzumutbare Beeinträchtigungen des länderübergreifenden Rechtsverkehrs bedeuten.¹⁰⁹⁸ Wichtig ist dabei, dass die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG restriktiv zu verstehen sind, da im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz eine Gesetzgebungsvielfalt im Bundesgebiet vom Verfassungsgeber gerade gewollt ist.¹⁰⁹⁹ Es kann also nicht bereits jeder (potenzielle) Unterschied in den Regelungen der Länder zu

¹⁰⁹⁵ Anders als die frühere Rahmengesetzgebungskompetenz ist die in Art. 74 GG geregelte konkurrierende Gesetzgebungskompetenz eine volle Kompetenz zur Regelung aller Bestandteile der betreffenden Materie. Daher unterliegt sie auch einer Dreiteilung in Kernkompetenz, Bedarfskompetenz und Abweichungskompetenz. Beim Recht der Wirtschaft handelt es sich um eine Bedarfskompetenz. Den Regelungsbedarf bestimmt Art. 72 Abs. 2 GG. Vgl. hierzu *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 72 Rn. 1 f.

¹⁰⁹⁶ *Seiler*, in: *Epping/Hillgruber*, Art. 72 Rn. 10.

¹⁰⁹⁷ BVerfGE 106, 62 (145 f.).

¹⁰⁹⁸ BVerfGE 111, 226 (254).

¹⁰⁹⁹ Vgl. *Degenhart*, Staatsrecht, Rn. 183.

einer Bundeszuständigkeit führen. Vielmehr müssen Gemeinwohlbelange der Gesamtheit betroffen sein, nicht nur die Interessen einzelner Personen oder Personenzusammenschlüsse, einschließlich des Bundes oder der Länder.¹¹⁰⁰

Angesichts der Unaufhaltsamkeit des Glücksspiels im Internet kann durchaus von einem solchen Interesse gesprochen werden. Durch die neuen Zugangsmöglichkeiten, die das Internet zu Glücksspielen bietet, ist eine effektive Suchtprävention durch die Regelung nur eines Bundeslandes nicht möglich. Sicherlich war dies auch eine Erwägung der Länder beim Entschluss, den gemeinsamen Glücksspielstaatsvertrag einer Reform zu unterziehen.¹¹⁰¹ Zu leicht können Ländergrenzen überschritten werden, ohne dass der Betreffende sein Zuhause verlässt. Ein Angebot nur an die Einwohner eines bestimmten Bundeslandes zu richten, ist zwar inzwischen technisch wohl machbar.¹¹⁰² Es stellt sich jedoch weiterhin die Frage, ob sich der hierzu erforderliche Aufwand noch im Rahmen der Zumutbarkeit für den Anbieter bewegt. Hinzu tritt die wirtschaftliche Bedeutung der Glücksspielbranche. Erlässt ein Land strengere Regelungen als alle anderen Bundesländer, wird dies zwangsläufig zu einer Abwanderung der Industrie in die liberaleren Bundesgebiete führen. Dieses Phänomen stand auch hinter den Befürchtungen in Bezug auf das nur kurze Zeit anwendbare und vom Glücksspielstaatsvertrag in liberaler Weise abweichende Glücksspielgesetz des Landes Schleswig-Holstein.¹¹⁰³ Solche Entwicklungen könnten zu einem Liberalisierungs-Wettbewerb der Länder untereinander führen, welcher dem Schutzzweck der Regelungen zuwiderlaufen würde.

¹¹⁰⁰ Oeter, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 72 Rn. 112.

¹¹⁰¹ Vgl. Dietlein, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Einf. Rn. 5.

¹¹⁰² So Hoeren, ZfWG 2008, 229 (229).

¹¹⁰³ Vgl. Heeg/Levermann, MMR 2012, 20 (24).

2. Europarechtlich bedingte Erforderlichkeit

Es stellt sich zudem die Frage, wie sich das Europarecht auf die Notwendigkeit – oder in der Terminologie der Verfassung, die Erforderlichkeit – einer bundesgesetzlichen Regelung auswirkt. Sollte die Erfüllung des Unionsrechts eine bundesgesetzliche Regelung der Glücksspielmaterie – zumindest insoweit, wie das Internet betroffen ist – erfordern, könnte dies insgesamt für eine Erforderlichkeit auch im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG sprechen. Das Unionsrecht genießt nämlich nach absolut herrschender Meinung auch vor dem nationalen Verfassungsrecht einen uneingeschränkten Anwendungsvorrang.¹¹⁰⁴ So erkennt auch *Jarass* an, dass die Voraussetzungen der Erforderlichkeit regelmäßig gegeben sind, wenn der Bund eine Richtlinie der Europäischen Union in unmittelbares Bundesrecht umsetzt, da in diesem Fall, die Kompetenz der Länder bereits durch das höherrangige Unionsrecht beschränkt wurde und der Bund zur Umsetzung gegenüber der Europäischen Union aus den Unionsverträgen verpflichtet ist.¹¹⁰⁵ Allerdings handelt es sich beim Glücksspiel nicht um einen vollständig harmonisierten Lebensbereich, in dem europäische Normen noch umzusetzen sind. Vielmehr ist das betroffene Unionsrecht unmittelbares Recht der Verträge, durch Rechtsprechung weiterentwickelt. Betroffen ist nämlich vorwiegend – wie oben ausführlich dargestellt wurde – das vom EuGH niedergelegte Prinzip der Kohärenz. Zwar handelt es sich beim Kohärenzprinzip um eine Konstruktion des EuGH. Sie ist aber Ausfluss des Prinzips der Vertragstreue,¹¹⁰⁶ welches in Art. 4 Abs. 3 EUV seinen Niederschlag in den Europäischen Verträgen findet. Dort heißt es:

„Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben. Die Mitgliedstaaten ergreifen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den

¹¹⁰⁴ Vgl. *Herdegen*, Europarecht, S. 219.

¹¹⁰⁵ *Jarass*, NVwZ 2000, 1089 (1093); a.A. *Schnapauff*, in: Hömig, Art. 72 Rn. 3.

¹¹⁰⁶ Vgl. *Cremer*, in: Callies/Ruffert, Art. 24 EUV, Rn. 12.

Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben. Die Mitgliedstaaten unterstützen die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.“

Wie oben gezeigt, spielt die Kohärenz auf der Ebene der Rechtfertigung eines staatlichen Eingriffs in die Grundfreiheiten eine Rolle. Das heißt, es geht um die Beachtung der Grundfreiheiten durch die nationale Gesetzgebung und damit um den absoluten Kern der vertraglichen Treuepflichten. Somit muss der Gedanke von *Jarass* an dieser Stelle erst recht gelten. Wenn das Unionsrecht eine kohärente Regelung der Glücksspielmaterie erfordert, die nur durch ein Bundesgesetz zu erreichen ist, ist die Erforderlichkeit des Art. 72 Abs. 2 GG gegeben, mit der Folge, dass der Bund auch zur Gesetzgebung befugt ist.

Somit hängt die Beurteilung der Bundesgesetzgebungszuständigkeit lediglich von der Frage ab, ob eine kohärente Regelung der Glücksspielmaterie auch durch Landesgesetzgebung erreicht wird. An dieser Stelle dient erneut die Vielschichtigkeit der Glücksspielmaterie als Kernargument. Sicherlich kann eine kohärente Regelung im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung auch durch Staatsvertrag *aller* Länder erreicht werden. Hierbei bestehen jedoch zwei unüberwindbare Hürden. Zum einen unterfällt nicht der gesamte Glücksspielbereich – selbst bei Annahme einer fehlenden Erforderlichkeit für den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung – der Landesgesetzgebungszuständigkeit. Dies ist erkennbar an den Glücksspielautomaten, die traditionell und weiterhin ihre Regelung in der Gewerbeordnung finden. Gerade die Systematik aller Glücksspieltypen ist jedoch Gegenstand des Kohärenzgedankens, wie er sich in der europäischen Rechtsprechung aktuell darstellt.¹¹⁰⁷ Die vergleichsweise großzügige Behandlung der Spielautomaten im Gewerberecht im Vergleich zur strengen Behandlung der Lotterien durch die Staatsverträge der Länder ist eine Säule der Argumentation gegen eine bestehende Kohärenz im deutschen Glücksspielrecht. Zum anderen besteht kein Mittel,

¹¹⁰⁷ Siehe zur nunmehr zusätzlich geltenden horizontalen Kohärenz oben Abschnitt E I.

mit dem die Union oder der Bund die Länder zum gemeinsamen Vertragsschluss zwingen kann. Das Prinzip der Unionstreue gilt zwar auch für die einzelnen Bundesländer.¹¹⁰⁸ Aus dieser Pflicht könnte sich auch durchaus eine Pflicht zu einer gewissen Koordinierung ergeben, eine vollständig einheitliche Regelung lässt sich jedoch nicht erzwingen, läuft sie doch auch dem Prinzip einer Länderzuständigkeit zuwider. Der EuGH könnte lediglich jedes einzelne Ländergesetz auf den Prüfstand stellen und immer erneut einen Verstoß gegen das unionsrechtliche Kohärenzgebot feststellen, mit der Folge, dass erneut ein neues Landesgesetz erlassen werden müsste¹¹⁰⁹. Diese beiden Argumente sprechen somit für die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung der gesamten Glücksspielmaterie im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG. Zur Herstellung der dringend vom EuGH geforderten kohärenten Regelung muss also der Bundesgesetzgeber tätig werden. Idealerweise würde einer solchen einheitlichen Regelung eine Verfassungsänderung dahingehend vorausgehen, dass zugleich die Spielbanken und Spielhallen der Bundeszuständigkeit übertragen würden. Aber auch ohne diese Bereiche – da sie nicht den besonders EU-relevanten Bereich der Internetglücksspiele berühren – wäre eine bundesgesetzliche Regelung der verbleibenden Glücksspielmaterie mit Blick auf das Kohärenzerfordernis begrüßenswert.

¹¹⁰⁸ Schnapauff, in: Hömig, Art. 72 Rn. 3.

¹¹⁰⁹ Ähnlich auch Degenhart, Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes S. 80, der erläutert, dass auch das verfassungsrechtliche Gebot bundes- und landestreuen Verhaltens nicht ausreichend ist, um sich widersprechende Regelungen – angesichts der Überschneidungen in den Gesetzgebungszuständigkeiten – zu verhindern.

III. Inhaltliche Reformvorschläge

1. Erfordernis der Abkehr von der bestehenden Unterteilung?

Neben der formalen Zuordnung der Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf Glücksspiele gibt nicht zuletzt ein Blick auf die oben erläuterten Besonderheiten von Online-Glücksspielen Anlass, die aktuelle Rechtslage auch inhaltlich zu überdenken. Eine grundlegende Neuausrichtung der Glücksspielmaterie wird hierbei zweifelsohne auch diejenigen auf den Plan rufen, die der Unterscheidung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielen seit jeher kritisch gegenüberstehen.¹¹¹⁰ Ihnen ist zuzugestehen, dass ein effektiver Rechtsgüterschutz sich in erster Linie an der Gefährlichkeit des jeweiligen Spiels ausrichten sollte. Die Vertreter dieser Auffassung stellen hierbei jedoch oftmals auf die Gefahr für das Vermögen ab.¹¹¹¹ Versteht man – wie diese Arbeit es tut – allerdings nicht das Vermögen, sondern die Prävention der Spielsucht als Schutzgut des § 284 StGB, so ist das Argument, dass auch Geschicklichkeitsspiele das Vermögen stark gefährden können – jedenfalls in Bezug auf § 284 StGB –, kein zwingendes. Ohne ausdrücklich auf ein Schutzgut abzustellen, empfiehlt *Fiedler* eine Aufgabe der bisherigen Abgrenzung zugunsten einer Unterteilung in Geldspiele und kostenlose Spiele.¹¹¹² Zugegebenermaßen würde dies die von ihm prophezeite Rechtssicherheit schaffen, allerdings auf Kosten von im Vergleich zur jetzigen Regelung viel weitreichenderen Verboten, die nicht im Sinne einer pluralistischen, an die Eigenverantwortlichkeit des Einzelnen anknüpfenden Gesellschaft sein können. Auch der Rolle des Spiels für den Menschen würde ein solch radikaler, alle kostenpflichtigen Spiele stärker regulierender oder verbotender Ansatz nicht gerecht, zumal bereits fraglich ist, wer die

¹¹¹⁰ Vgl. etwa *Dickersbach*, WiVerw 1985, 23 (36); *Glöckner/Towfigh*, JZ 2010, 1027 (1035).

¹¹¹¹ So etwa *Dickersbach*, GewArch 1998, 265 (266); *ders.*, WiVerw 1985, 23 (30 f., 36).

¹¹¹² Vgl. *Fiedler*, Das Gefährdungspotential von Glücks- und Geschicklichkeitsspielen, S. 6 f.

verbleibenden erlaubten kostenlosen Spiele in ausreichender Zahl anbieten soll, und ob die Teilnahme ohne Einsatz und monetäre Gewinnchance die Funktion erfüllt, die Spiel in der Gesellschaft einnimmt. Allerdings wird von manchen Autoren der Schwerpunkt der Kritik am bestehenden System daran festgemacht, dass auch Nicht-Glücksspiele die Gefahr der Ausprägung einer Spielsucht in sich tragen.¹¹¹³ Leider versäumen es diese Autoren jedoch größtenteils, ihre Thesen mit Erkenntnissen aus der Glücksspielforschung zu belegen. So kommt etwa *Hemme* lediglich zu dem recht trivialen Schluss, „dass bei normal ausgebildeten Verhaltensdispositionen die Suchtgefahr mit all ihren problematischen Folgen gering ist, sowohl beim traditionellen Spiel als auch beim Glücksspiel“.¹¹¹⁴ Eine Aussage, die sich wohl in die Richtung des Bestehens einer identischen Gefahrenlage deuten lassen könnte. Einen Schritt weiter gehen sogar *Glöckner/Towfigh*, die – wie sie selbst zugeben, überspitzt – die These aufwerfen, dass es gerade die Geschicklichkeit sei, die das Spiel gefährlich mache, weil ein rein zufälliges Spiel keinen Raum für Kontrollillusionen lasse.¹¹¹⁵ Diese These ist jedoch gleich aus mehreren Gründen abzulehnen. Richtig ist, dass die Ergebnisse der Suchtforschung wie oben dargelegt die Kontrollillusion zwar nicht als einen der beiden zentralen, aber dennoch als einen von mehreren relevanten Faktoren für die „Suchteignung“ eines Spieles anerkennen.¹¹¹⁶ Bereits die nächste Überlegung, dass bei einem reinen Glücksspiel für eine Selbstüberschätzung kein Raum wäre, ist jedoch abzulehnen. Im Bereich der Automatenspiele etwa sind viele Beispiele bekannt, wie gezielt Knöpfe und Hebel an den Automaten angebracht werden, die auf den Spielverlauf, geschweige denn den Spielausgang keinen Einfluss haben.¹¹¹⁷ Eine Ausgestaltung, die im Übrigen nahtlos auf Online-Spiele übertragbar ist, zumal dort nicht einmal physisch ein Knopf an ein Gerät angebracht werden muss, sondern eine einfache Programmierung ausreicht. Der Begriff Kontrollillusion ist dementsprechend gegebenenfalls bereits zu eng, da zum Teil nicht nur eine Illusion darüber besteht,

¹¹¹³ Vgl. *Ennuschat*, in: GS Tettinger, 41 (54 f.); *Hemme*, in: Becker/Baumann, S. 7.

¹¹¹⁴ *Hemme*, in: Becker/Baumann, S. 7.

¹¹¹⁵ Vgl. *Glöckner/Towfigh*, JZ 2010, 1027 (1035).

¹¹¹⁶ Vgl. oben Abschnitt C I.

¹¹¹⁷ Vgl. *Becker u.a.*, ZfWG 2008, 1 (5).

dass der Spieleingriff ein derartiges Gewicht hat, dass es durch ihn möglich ist, das Spiel zu kontrollieren, sondern zum Teil bereits eine Illusion darüber besteht, dass die vorgenommene Handlung überhaupt einen Spieleingriff darstellt.

Das stärkste Argument gegen die von *Glöckner/Towfigh* aufgestellte These ist jedoch, dass die Sportwette, die sie ihrer Argumentation zugrunde legen, ohnehin als Glücksspiel anerkannt ist. Letztlich liefern die Autoren somit nicht wie von ihnen behauptet ein Argument gegen die Unterteilung in Glücks- und Geschicklichkeitsspiele, sondern zeigen nur die – allerdings wohl auch von niemandem bestrittene – Tatsache auf, dass es auch innerhalb der Kategorie Glücksspiele verschiedene Ursachen der Gefährlichkeit gibt und die von den einzelnen Glücksspielen ausgehende Gefahr mithin unterschiedlich intensiv ist.¹¹¹⁸

Im Ergebnis versäumen es die Autoren, die von ihnen behauptete gleich hohe oder sogar höhere Suchtgefährlichkeit von Geschicklichkeitsspielen mit belastbaren Argumenten zu belegen. Ihre Schlussfolgerung könnte somit einzig darauf zurückzuführen sein, dass sie eine falsche Abgrenzung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielen zugrunde legen. Und somit die Gefährlichkeit vermeintlicher Geschicklichkeitsspiele zu belegen versuchen, die bei korrekter Anwendung der gegebenen Abgrenzungskriterien ohnehin als Glücksspiele eingeordnet werden. Um an dieser Stelle eine Idee des Ausmaßes der fraglichen Geschicklichkeitsspiele zu erhalten, sei auf die Ausführungen *Fiedlers* verwiesen, der im Jahre 2011 davon ausging, dass außer Skat, Dart und Billiard keine Geschicklichkeitsspiele bzw. nur solche, die aufgrund ihrer Seltenheit vernachlässigt werden können, gewerblich angeboten werden.¹¹¹⁹

Statt eines Beleges der Gefährlichkeit von Nicht-Glücksspielen ist bei den Verfechtern einer Aufgabe der Unterscheidung von Glücks- und

¹¹¹⁸ So etwa auch schon EuGH, Urteil vom 8.09.2010 – Rs. C-46/08 (Carmen Media Group), Slg. 2010, I-08149, Rn. 62 f.; BVerfGE 115, 276 (305). Dies deckt sich auch mit den Ergebnissen der PAGE Studie, welche den Zusammenhang zwischen der Teilnahme an verschiedenen Spielformen und der Diagnose eines pathologischen Spielverhaltens herstellt. Vgl. PAGE Studie S. 64 ff., abrufbar im Internet: <<http://www.jogoremoto.pt/docs/extra/FooxpP.pdf>> (Stand: 13.06.2016).

¹¹¹⁹ Vgl. *Fiedler*, Das Gefährdungspotential von Glücks- und Geschicklichkeitsspielen, S. 7.

Geschicklichkeitsspielen ohnehin die Argumentation am Glücksspiel selbst verbreiteter. Hierbei wird darauf abgestellt, dass dem Glücksspiel kein sozialetischer Mangel anhafte.¹¹²⁰ Diese Aussage überrascht, da sie im Lichte der im Verlauf dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnisse mitunter schwer mit Gesetzgebung und Rechtsprechung in Einklang zu bringen ist.

Besonders deutlich wird dieser Widerspruch an der rechtlichen Behandlung der Managerspiele und der Finanzderivate. Exemplarisch sei an dieser Stelle etwa das Urteil des VG Ansbach in Erinnerung gerufen, in welchem das Gericht feststellt, dass es „*nicht fernliegend* [sei (Anm. des Verf.)], dass das streitgegenständliche Bundesliga-Managerspiel die Inanspruchnahme weiterer Glücksspielangebote – insbesondere Sportwettangebote – fördert und somit dem Entstehen von Glücksspielsucht Vorschub leistet“.¹¹²¹

Das Urteil mag hierbei als Beispiel für die mitunter immer noch herrschende Stigmatisierung des Glücksspiels dienen. Gezeichnet wird das Bild einer Halbwelt, in der alle Spiele schon irgendwie miteinander verflochten seien. In dieselbe Richtung geht beispielsweise auch der Tenor, den *Dickersbach* im gewerblichen Spielrecht, speziell in § 33e GewO zu identifizieren glaubt. Ihm zufolge ist die Regelung „*von der grundlegenden Auffassung bestimmt [...], Glücksspiele seien verwerflich und müßten per se verhindert werden*“.¹¹²² An anderer Stelle macht *Dickersbach* beim Gesetzgeber gar eine „*grundsätzliche Skepsis gegenüber dem gesamten Spielhallengewerbe*“ aus.¹¹²³ Vor Augen führen lässt sich das gesetzgeberische Bild des Glücksspiels auch am Tatbestand des im Rahmen der verschiedenen Regelungsbereiche bereits kurz angesprochenen § 283 StGB. § 283 Abs. 1 Nr. 2 unterscheidet als Bankrotthandlung zwischen Risikogeschäften und Ausgaben für Spiel und Wette. Während Erstere den Tatbestand nur erfüllen, wenn sie in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise erfolgen, werden Ausgaben für Spiel

¹¹²⁰ Vgl. *Dickersbach*, GewArch 1998, 265 (266); ebenso für das Spiel an sich vgl. *Lange*, in: FS Dreher, 573 (583).

¹¹²¹ VG Ansbach, Beschluss vom 23.02.2010 – AN 4 S 09.01848, openJur 2012, 106132, Rn. 27.

¹¹²² *Dickersbach*, GewArch 1998, 265 (266).

¹¹²³ Vgl. *Dickersbach*, WiVerw 1985, 23 (44).

und Wette unwiderlegbar als unwirtschaftlich eingestuft bzw. jedenfalls unwirtschaftlichen Ausgaben gleichgestellt.¹¹²⁴ Auch die Rechtsprechung des BVerfG kann sich von einer gewissen Wertung nicht freisprechen, wenn sie etwa feststellt, dass es sich beim Betrieb einer Spielbank um „*eine an sich unerwünschte Tätigkeit*“ handelt.¹¹²⁵

Selbstverständlich dürfen solche ethischen oder sittlichen Wertvorstellungen nicht zum Gegenstand gesetzlicher Regelungen gemacht werden.¹¹²⁶ Der Grund der Pönalisierung von Glücks- im Gegensatz zu Geschicklichkeitsspielen liegt also vornehmlich in der nicht widerlegten Annahme, Erstere seien suchgefährlicher. Nichtsdestotrotz bilden die besagten ethischen und sittlichen Wertvorstellungen „*gleichsam das Rückgrat jeder Gemeinschaft und müssen daher durch den Gesetzgeber respektiert werden*“.¹¹²⁷

Hierbei gilt es zum einen die Ideologie der Leistungsgesellschaft zu beachten, welche dem durch Geschicklichkeit Erlangten einen höheren Wert beimisst als dem durch Glück Erlangten. Eine Wertung, die sich wohl in vielen Rechtsordnungen so widerspiegelt und auch vor dem Hintergrund einer einheitlichen Regelung für ein Beibehalten spricht.¹¹²⁸ Mag dies als Ausgangspunkt für eine Unterteilung in diese beiden Kategorien valide sein, so gilt es – wie zu zeigen sein wird –, die sich hieran anschließenden konkreten Abgrenzungsfragen wertneutral zu beurteilen. Eine vollständige Gleichstellung von Glücks- und Geschicklichkeitsspiel würde auch den rein objektiven Unterschieden, die diese Spielformen voneinander trennen, nicht gerecht. So besteht für den Teilnehmer eines Geschicklichkeitsspieles die Möglichkeit der Einordnung seiner Leistung, während das Glücksspiel dem Spieler keinerlei derartige Bezugspunkte liefert. Dieser Umstand kann nicht nur als ein Argument für die bei Glücksspielen im Vergleich zu Geschicklichkeitsspielen erhöhte Manipulationsgefahr fruchtbar gemacht

¹¹²⁴ Vgl. Braasch, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 283 Rn. 16.

¹¹²⁵ BVerfGE 102, 197 (215).

¹¹²⁶ Vgl. Maurer, Staatsrecht I, S. 515.

¹¹²⁷ Maurer, Staatsrecht I, S. 515.

¹¹²⁸ Für einen Überblick der in anderen Ländern praktizierten Unterteilung in Glücks- und Geschicklichkeitsspiel am Beispiel Poker vgl. Kelly/Dhar/Verbiest, Gaming Law Review 2007, Vol 11, 190 ff.

werden,¹¹²⁹ sondern dient gleichzeitig als Beleg für das Bestehen struktureller Unterschiede der beiden Spielformen, die losgelöst von gesellschaftlichen Werturteilen eine unterschiedliche Behandlung zu erklären vermögen.

Letztlich ist der Wunsch, die Unterteilung in Glücks- und Geschicklichkeitsspiele aufzugeben, unisono getragen von der Erkenntnis, dass die Unterteilung sehr problematisch ist.¹¹³⁰ Ist auch der hieraus gezogene Schluss abzulehnen, so ist die Erkenntnis an sich richtig. Aus diesem Grund sollen die im Laufe der Arbeit gewonnenen Erkenntnisse in folgende Reformvorschläge destilliert werden, die bei korrekter Anwendung eine Abgrenzung zukünftig erleichtern sollen.

2. Anwendungsvorschläge innerhalb des bestehenden Systems

a) Einheitlicher Glücksspielbegriff und anderes Verständnis des vom BGH entwickelten Unmittelbarkeitskriteriums

Die vom EuGH eingeforderte Kohärenz setzt voraus, dass innerhalb des bestehenden Regelungsgefüges eine Systematik herrscht. Diese Arbeit hat versucht aufzuzeigen, dass in der bestehenden dualen Ordnung der Glücksspielmaterie diese Systematik lediglich durch das Zugrundelegen eines einheitlichen Glücksspielbegriffes gewahrt werden kann. Ein eigener ordnungsrechtlicher Glücksspielbegriff hindert § 33h Nr. 3 GewO daran, seine Scharnierfunktion zwischen den gewerberechtlichen Vorschriften und den landesrechtlichen Glücksspielregelungen auszuüben.

Auch wenn die bei einem unterschiedlichen Verständnis drohenden kompetenziellen Überschneidungen durch die vorgeschlagene Kon-

¹¹²⁹ Vgl. Hansen, Legitimation und Reichweite der Paragraphen 284 ff. StGB und Paragraph 16 II UWG, S. 60 f.; vgl. hierzu oben Abschnitt B II 3 c bb.

¹¹³⁰ Vgl. Towfigh/Glöckner, Forschungsbericht 2011 – Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, abrufbar im Internet: <http://www.mpg.de/1247781/Geschicktes_Gluecksspiel> (Stand: 13.06.2016).

zentration der Regelungen auf Bundesebene abgedeckt oder gar umgangen werden könnten, so sprechen aus den in dieser Arbeit aufgezeigten Gründen nicht zuletzt auch Sinn und Zweck des GlüStV für ein einheitliches Verständnis.

Den Weg hin zur Akzeptanz eines einheitlichen Glücksspielbegriffes mag dessen Kritikern dadurch erleichtert werden, dass eine der Erkenntnisse dieser Arbeit auch das Erfordernis einer Abkehr vom bisher herrschenden Verständnis des vom BGH entwickelten Unmittelbarkeitskriteriums ist:

Elementar ist hierbei die Ausrichtung am Schutzzweck des § 284 StGB. Zur Verhinderung der Ausbeutung der Spielleidenschaft muss das Strafrecht anknüpfen an den durch die Zahlung geschaffenen Anreiz, sich hierdurch in den Besitz des Gewinnes zu bringen. Die Annahme, dass dieser Anreiz per se geringer sei, wenn der Gewinn sich nicht aus dem Einsatz generiert, ist hierbei aufgrund ihrer Lebensferne abzulehnen. Auch findet die Annahme keinerlei Rückhalt in den dargestellten Erkenntnissen der Suchtforschung und kann wenn überhaupt nur auf die dargestellten historischen Anfänge des Spiels zurückgeführt werden, als dem heroischen Wert eines Sieges bzw. der Demütigung des Gegners im Rahmen eines Wettstreites ein anderer Stellenwert beigemessen wurde. Somit ist dem BVerwG zuzustimmen, das die Unmittelbarkeit im Sinne des § 284 StGB bejaht, wenn die Gewinnchance sich aus der Entgeltzahlung ergibt. Ein solches Verständnis verhindert nicht zuletzt auch Wertungswidersprüche, die sich beim „klassischen“ Verständnis etwa durch die Tatsache ergeben, dass bei kleinen Lotterien regelmäßig die Preise von Sponsoren gestellt werden, ohne dass die Glücksspieleigenschaft infrage gestellt wird, sowie die Tatsache, dass es im Rahmen des Gewerberechts (§§ 33c, d GewO) unerheblich ist, wer den Gewinn anbietet. Letztlich ist dies die Art von Unmittelbarkeit, die auch der Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV voraussetzt, sodass in der Folge einer der drei Faktoren (Erheblichkeit des Geleisteten, Erheblichkeit des Gewinns, Unmittelbarkeitszusammenhang), die von den Befürwortern eines eigenständigen Glücksspielbegriffes als Unterscheidungsmerkmal angeführt

werden, wegbriecht, was dessen Ablehnung weniger folgenreich erscheinen lässt.

b) „Gegenseitige Erreichbarkeit“ als Grundlage der Bestimmung der Durchschnittsfähigkeiten

Die im Rahmen der Arbeit an mehreren Beispielen aus der Praxis aufgezeigten Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielen, welche sich im Bereich der gemischten Spiele stellen, folgen zu einem großen Teil aus der Schwierigkeit der Bestimmung der Rechtsfigur des Durchschnittsspielers.

Wie die im Rahmen der Abgrenzung von Glücks- und Geschicklichkeitsspielen erfolgten Ausführungen aufgezeigt haben, wird zur Bestimmung des Durchschnittsspielers in der Literatur eine Reihe von Ansätzen vertreten. Zum Teil wird auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgrund einer missverständlichen Wortwahl ein Wandel unterstellt, welcher jedoch wie dargestellt nicht stattgefunden hat. Sowohl das Abstellen auf die konkret am Spiel Beteiligten als auch das Abstellen auf alle potenziellen Teilnehmer sind nicht der Weisheit letzter Schluss. Innerhalb dieser beiden Gegensätze wird als einschränkendes Merkmal von manchen ein generelles Spielinteresse und von anderen eine Verinnerlichung des Regelwerkes gefordert. Auch diese Arbeit will einen Beitrag zur Diskussion leisten und mündet daher in dem Vorschlag des Kriteriums der gegenseitigen Erreichbarkeit. Für dessen Erfordernis und Aktualität sprechen auch insbesondere die folgenden Überlegungen: Das Internet hat nicht nur dafür gesorgt, dass das Glücksspiel für mehr Menschen erreichbar ist, sondern es führt auch dazu, dass ein Mehr an verschiedenartigen Glücksspielen für diese Menschen erreichbar ist. Das Internet beschleunigt die Entstehung einer Vielfalt und Spezialisierung von Spielformen. Diese Diversifikation ist zum einen darauf zurückzuführen, dass Ländergrenzen schneller überwunden werden, sodass etwa Spiele wie das Managerspiel, welches in Nordamerika bereits seit Jahren populär ist, auch in Deutschland Einzug halten. Auch die strukturellen Besonderheiten

des Internets spielen eine Rolle, so kann im Vergleich zur physischen Herstellung und Platzierung eines Automaten schneller und vor allem kostengünstiger auf Trends und Bedürfnisse reagiert werden. Die Sportwette und das Managerspiel sind überdies zwei Beispiele für Spiele, die aufgrund ihres engen Bezuges zu Live-Events bzw. aufgrund der großen erforderlichen Datenmengen ohne das Internet deutlich schwieriger zu veranstalten wären.

Es erscheint daher realistisch, davon auszugehen, dass das Internet auch weiterhin zu einer schnelleren Vervielfältigung und Spezialisierung von Spielarten führen wird. Die Existenz eines sich über die Gesamtheit dieses Potpourris an Spielformen erstreckenden „generellen“ Spielinteresses scheint daher fraglich. Interessengerechter wirkt somit gerade in Erwartung eines internetbedingten weiteren Ausbaus dieses Spektrums die Bestimmung der Durchschnittsfähigkeiten eines Spielers unter Zuhilfenahme des Merkmals der „gegenseitigen Erreichbarkeit“.

c) Beachtung von Spielsequenzen zur Verhinderung der Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorganges

Am Beispiel des Managerspieles wurde aufgezeigt, dass in Anlehnung an die strafrechtliche Diskussion zur Einzelaktstheorie/Gesamtbetrachtungslehre auch im Spielrecht unter Umständen die Notwendigkeit besteht, einen aus mehreren Einzelereignissen bestehenden Vorgang als eine Einheit zu bewerten.

Aufgrund der aus dem Gesetz der großen Zahlen folgenden Annahme, dass sich bei einer unendlich häufigen Wiederholung jedes gemischten Spieles die Zufallskomponente herausmitteln würde,¹¹³¹ ist jedoch bei der Bildung großer Spielsequenzen Zurückhaltung geboten.

Die entscheidende Besonderheit etwa des Managerspieles ist nicht nur die neunmonatige Dauer des Spieles, sondern auch die Tatsache,

¹¹³¹ Vgl. Rock/Fiedler, ZfWG 2008, 412 (416 f.).

dass ein vorzeitiges regelbedingtes Ausscheiden nicht möglich ist. Hier kann eine Parallele gezogen werden zu Überlegungen, welche sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur im Zusammenhang mit der Einordnung von Texas Hold'em Poker finden. Wie dargelegt wird Poker in allen Ausprägungen von der h.M. wohl als Glücksspiel eingeordnet. Interessant ist hierbei jedoch die sich immer mehr abzeichnende Unterscheidung zwischen Turnier-Spielen und sogenannten Cash-Games.¹¹³² Bei einem Cash-Game besteht für jeden Teilnehmer nach jeder gespielten Hand die Möglichkeit, mit seinem Gewinn auszustiegen, sodass „*im Cash-Game jede Hand für sich zählt*“¹¹³³. Bei einem Turnier-Spiel wird hingegen eingewandt, dass nach der Leistung eines einmaligen Einsatzes gegebenenfalls Hunderte von Händen gespielt werden müssen, um den Sieger zu ermitteln.¹¹³⁴ Hieraus wird teilweise geschlussfolgert, dass beim Turnierpoker die Geschicklichkeit überwiege.¹¹³⁵ Diesen interessanten Überlegungen haftet jedoch der Makel an, dass auch beim Turnierpoker der geschicktere Spieler zufallsbedingt in der ersten Hand ausscheiden kann.

Gerade diese Möglichkeit besteht jedoch beim Managerspiel nicht. Die im Rahmen des Turnierpokers getätigten Überlegungen müssen hier daher erst recht fruchtbar gemacht werden. Auch aus diesem Grund ist die zum Teil von der Rechtsprechung erfolgte Darstellung als zufällige Aneinanderreihung mehrerer voneinander unabhängiger Sportwetten abzulehnen.¹¹³⁶ Jedenfalls bei derart ausgestalteten Spielen muss der Länge der Spielsequenz somit nicht nur Einfluss im Rahmen der Bestimmung der Erheblichkeit des Einsatzes, sondern auch bei der Beurteilung der Zufallsabhängigkeit eingeräumt werden.

Eine ähnliche Problematik besteht bezüglich der rechtlichen Behandlung von Mehrfachteilnahmen, wie sie im Zusammenhang mit den Gewinnspielen thematisiert wurden. Auch hier sollte, mit gegensätzlichem Ergebnis, dem Zusammenspiel von Zeitspanne und Höhe des

¹¹³² Vgl. Kretschmer, ZfWG 2007, 93 (97), welcher u.a. die Unterscheidung von Cash-Games und Turnier-Spielen durch den österreichischen Finanzsenat hervorhebt.

¹¹³³ Kretschmer, ZfWG 2007, 93 (98).

¹¹³⁴ Vgl. Kretschmer, ZfWG 2007, 93 (98).

¹¹³⁵ Vgl. Holznagel, MMR 2008, 439 (442 ff.); Kretschmer, ZfWG 2007, 93 (101).

¹¹³⁶ Vgl. VGH Bayern, Beschluss vom 13.04.2010 – 10 CS 10.453, ZfWG 2010, 183 (186).

Geleisteten eine höhere Aufmerksamkeit zukommen. Verfassungsrechtlich begrüßenswert wäre in der Folge eine Konkretisierung durch den Gesetzgeber.

I. Zusammenfassung der Thesen und Ergebnisse

Wie kaum eine andere Rechtsmaterie scheint das Online-Glücksspielrecht dem mal mehr, mal weniger latenten Vorwurf ausgesetzt zu sein, es operiere mit vorgeschobenen Beweggründen, welche über die vermeintlich wahren Motive hinwegtäuschen sollen.¹¹³⁷

Hierbei geht es zum einen um die Legitimation des Glücksspielrechtes an sich, wie etwa bei den Stimmen in der Literatur, die fiskalische Interessen als den wahren Schutzgegenstand von § 284 StGB bzw. des GlüStV ausgemacht haben wollen.¹¹³⁸ Aber auch bei der unterschiedlichen Behandlung von Glücks- und Geschicklichkeitsspielen wird die Begründung, von Glücksspielen gehe eine größere Gefahr aus, zum Teil wenn nicht als Vorwand, dann jedenfalls aber als unvollständige Begründung ausgemacht, da die Unterscheidung dazu diene, Glücksspiele nicht aufgrund einer objektiven Gefährlichkeit, sondern aufgrund ihrer Verwerflichkeit stärker zu regulieren.¹¹³⁹

Selbst im kleineren Rahmen sind Gesetzgeber und Rechtsprechung nicht davor gefeit, sich derartigen Vorwürfen ausgesetzt zu sehen. So sieht beispielsweise *Kretschmer* den wahren Beweggrund für die Einordnung von Skat als Geschicklichkeitsspiel nicht in dem Überwiegen des Geschicklichkeitsanteils, sondern darin, dass es sich „um volkstümliche deutsche Spiele handelt, die gewissermaßen nationales Kulturgut sind und nie dazu missbraucht worden sind, Haus und Hof zu verspielen“.¹¹⁴⁰ Zum Teil konnte die vorliegende Arbeit die Bedenken der Kritiker widerlegen. Allerdings taten sich bei der Auseinandersetzung mit der rechtlichen Einordnung verschiedener Spielformen auch neue Anzeichen für das Vorliegen einer mitunter nicht wertneutralen Beurteilung auf. Wurde eben festgestellt, dass die unterschiedliche

¹¹³⁷ *Pieroth* stellt gar fest, dass „in kaum einem anderen Politikbereich so viel geheuchelt wird wie hier“, vgl. *Pieroth*, in: *Hartmann/Pieroth*, S. 5.

¹¹³⁸ Vgl. *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, § 1 GlüStV Rn. 3; vgl. *Hufen*, JuS 2013, 1 (6); *ders.*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, S. 18, 36. Besonders konfrontativ auch *Uwer*, in: *FS Klopfer*, 867 (868 ff.).

¹¹³⁹ Vgl. *Dickersbach*, *GewArch* 1998, 265 (266); *Glöckner/Towfigh*, JZ 2010, 1027 (1035) unterstellen zwar keine versteckten Motive, bezeichnen die Abgrenzung jedoch als willkürlich.

¹¹⁴⁰ *Kretschmer*, *ZfWG* 2007, 93 (97).

Behandlung von Glücksspielen und Geschicklichkeitsspielen gerechtfertigt ist und der Gesetzgeber in gewissem Maße auch die Sitten- und Wertvorstellungen der Allgemeinheit respektieren muss, so muss die Zuordnung innerhalb dieser Parameter frei von ideologischer Aufladung erfolgen. Dass dem so ist, kann nach den Erkenntnissen dieser Arbeit gleich an zwei Stellen infrage gestellt werden. Zum einen geht es um die Gewichtung des Geschicklichkeitselementes im Rahmen der Abgrenzung von Glücks- und Geschicklichkeitsspielen. Zum anderen geht es um die grundsätzliche Frage, wann ein Vorgang als Spiel eingeordnet wird. Ersteres wird wie bereits erwähnt auch von *Kretschmer* bzgl. der gegensätzlichen Einordnung von Skat und Poker bemängelt. Unabhängig davon, ob man dies als einen hinreichend relevanten Unterschied ansieht, ist jedoch anzumerken, dass die beiden Kartenspiele tatsächlich strukturelle Unterschiede aufweisen, von denen der relevanteste wohl die Tatsache ist, dass beim Skat im Gegensatz zum Poker sämtliche Spielkarten ausgegeben werden, was den Spielern andere Strategien eröffnet.¹¹⁴¹ Solche strukturellen Unterschiede wurden beim Vergleich mancher Finanzprodukte mit Sportwetten nicht derart offensichtlich, sodass die Abkehr von der Rechtsprechung des BGH zur Einordnung von Warentermin-Doppeloptionen zu begrüßen ist.

Die zweite gegebenenfalls zu beanstandende Abgrenzung ist diejenige zwischen Spiel und Nicht-Spiel. Abgrenzungsmerkmal ist hierbei die Verfolgung ernsthafter wirtschaftlicher oder sonstiger sittlicher bzw. „*aner kennenswerter*“¹¹⁴² Zwecke.¹¹⁴³ Die Arbeit hat versucht aufzuzeigen, dass die heutigen Online-Spiele zum Teil hochkomplex sind und zum Teil nur noch sehr wenig gemein haben mit den kurzweiligen, kindliche Unterhaltung bietenden Spielen, die man ursprünglich mit diesem Begriff in Verbindung brachte. Am Beispiel der Finanzderivate wurde zum einen die These präsentiert, dass auch im Rahmen von Derivaten das Vergnügen am Spiel eine der Hauptmotivationen sein

¹¹⁴¹ Vgl. *Holznagel*, MMR 2008, 439 (441 ff.).

¹¹⁴² *Janoschek*, in: Bamberger/Roth, § 762 Rn. 5.

¹¹⁴³ Vgl. BGHZ 69, 295 (301); *Stadler*, in: Jauernig, § 762 Rn. 2.

kann.¹¹⁴⁴ Eine These, welche sich im Übrigen nahtlos an die Überlegungen *Huizingas*, dass selbst „*Heiligkeit und Ernst einer Handlung ihre Spielqualität keineswegs ausschließen*“, anknüpfen lässt.¹¹⁴⁵ Zum anderen wurde am Beispiel des Online-Börsenspiels der zum Teil fließende Übergang demonstriert, mit dem Spiel in ernsthafte wirtschaftliche Tätigkeit übergeht. Insbesondere im Lichte der mangelnden Präzisierung dahingehend, was unter wirtschaftlich berechtigten bzw. sonstigen Interessen zu verstehen ist, überrascht es daher, dass zwar vielfach die Aufgabe der Abgrenzung in Glücks- und Geschicklichkeitsspiele, aber jedenfalls nicht in gleichem Maße offensiv die Aufgabe der Abgrenzung in Spiele und Nichtspiele gefordert wird. Zwar erscheint es gesellschaftlich nachvollziehbar, wirtschaftlich sinnvolle Investitionen gegenüber dem Glücksspiel zu privilegieren. Fraglich ist jedoch bereits, wie wirtschaftlich sinnvoll einzelne derart hochspekulative Anlagen sind. Das jetzige Regelwerk ist zweifellos ungeeignet, von heute auf morgen eine diesbezügliche Umstellung zu ermöglichen. Dies liegt jedoch in erster Linie an der gesetzlichen Schlechterstellung des Glücksspiels. Eine grundsätzliche Liberalisierung im Umgang mit (Online-)Glücksspielen würde die „Fallhöhe“ für hochspekulative Geschäfte, denen derzeit noch die Verfolgung eines wirtschaftlichen Interesses unterstellt wird, abfedern. Denn selbstverständlich kann es nicht das Ziel sein, etwa den Abschluss von Versicherungsverträgen zu pönalisieren, weil diese ein zukünftiges gegebenenfalls sehr unwahrscheinliches oder zumindest ungewisses Ereignis zum Gegenstand haben. Zumindest diskussionswürdig erscheint jedoch die Frage, ob im Rahmen einer grundsätzlichen Liberalisierung die prozessuale Schlechterstellung bestimmter spekulativer Einkünfte nicht vollends aufgegeben werden sollte. Kernfolge einer Zuordnung zum heutigen Glücksspielbereich wäre dann lediglich die behördliche Erlaubnispflicht, welche jedoch gegebenenfalls mittels einer gesetzlichen Verankerung eines Ausnahmenkataloges umgangen werden könnte. Dies wäre ähnlich zielführend, ohne dabei die problematische Abgrenzung von Spiel zu Nicht-Spiel treffen zu müssen.

¹¹⁴⁴ Vgl. *Roberts*, Rechtliche Behandlung von Derivaten, S. 5.

¹¹⁴⁵ *Huizinga*, *Homo Ludens*, S. 89.

Abschließend sollen an dieser Stelle noch einmal die zentralen Erkenntnisse und Thesen dieser Arbeit zusammengefasst werden:

Erkenntnis 1: Der menschliche Spieltrieb ist eine anthropologische Konstante und Spiel hat einen Sinn. Neben seiner biologischen Funktion für die Einzelperson hat Spiel – auch Glücksspiel – vor allem eine Kulturfunktion für die Gemeinschaft (Abschnitt B II).

Erkenntnis 2: Schutzgut des § 284 StGB ist die Prävention der Spielsucht. Der oft geäußerte Generalverdacht, dass der wahre Regulierungsgrund in der Einnahmensicherung des Gesetzgebers liege, lässt sich nicht erhärten. Der GlüStV benennt neben der Suchtprävention noch vier weitere, gleichrangige Ziele (Abschnitt B II).

Erkenntnis 3: Das Gefährdungspotenzial, eine Spielsucht zu entwickeln, variiert je nach Spielform. Von den im Rahmen dieser Arbeit dargestellten suchtrelevanten Faktoren werden insbesondere der Ereignisfrequenz und der Verfügbarkeit eine hervorgehobene Stellung zugestanden.

Beides sind Faktoren, die insbesondere beim Online-Spiel stark ausgeprägt sind. Entscheidend ist jedoch auch hier eine differenzierte Betrachtung. So ist bei den Managerspielen etwa eine durchgängige Erreichbarkeit des Spiels gegeben. Die Möglichkeit, einen finanziellen Einsatz zu tätigen, besteht hingegen lediglich einmalig zu Spielbeginn, weshalb von einem niedrigeren Suchtpotenzial ausgegangen werden sollte (Abschnitt C, Abschnitt G IV).

These 1: Es sollte nicht (mehr) von der Existenz eines grundsätzlichen, sich auf alle existierenden Spiele erstreckenden Spielinteresses ausgegangen werden, da insbesondere das Internet zu einer breiten Diversifikation und Spezialisierung von Spielarten geführt hat. Auch das Merkmal des potenziellen, regelkundigen bzw. des konkreten Teilnehmers ist abzulehnen. Zur Bestimmung der Durchschnittsfähigkei-

ten eines Spielers sollte daher an das im Rahmen dieser Arbeit entwickelte Merkmal der gegenseitigen Erreichbarkeit angeknüpft werden (Abschnitt D I).

Erkenntnis 4: Es besteht ein einheitlicher Glücksspielbegriff im Strafrecht und im Ordnungsrecht. Eine Auslegung des Unmittelbarkeitskriteriums im Sinne des Schutzzweckes des § 284 StGB führt zu der Erkenntnis, dass sich lediglich die Gewinnchance (und nicht zwingend der Gewinn) aus der Entgeltzahlung ergeben muss (Abschnitt D II).

Erkenntnis 5: Glücksspiele haben seit ihrer ursprünglichen Regulierung durch den Gesetzgeber zum Teil stark an Komplexität gewonnen. Sowohl die Übergänge zwischen Glücksspiel und Geschicklichkeitsspiel als auch die Übergänge zwischen Spiel und Nichtspiel sind zum Teil fließend, sodass zur Abgrenzung eine wertende Betrachtung im Einzelfall erforderlich ist (Abschnitt F III).

Erkenntnis 6: Neben den sozialpsychologischen, die Suchtgefährlichkeit beeinflussenden Besonderheiten des Internets bestehen auch rein technische Gegebenheiten, welche die Frage der Anwendbarkeit und Durchsetzbarkeit deutschen Rechtes betreffen. Es besteht mithin ein Spannungsverhältnis zwischen der weltweiten Verfügbarkeit des Internets und der territorial beschränkten Regulierungshoheit des deutschen Gesetzgebers.

Die Verpflichtung zur Verwendung einer Geolokalisationssoftware ist in diesem Zusammenhang ein zumutbares Mittel, um eine höchstmögliche Effektivität der Gefahrenabwehr zu erreichen (Abschnitt G I, II).

Erkenntnis 7: Bezüglich der Berücksichtigung von Mehrfachteilnahmen besteht Handlungsbedarf seitens des Gesetzgebers. Konkret müssen Kriterien entwickelt werden, anhand derer bestimmt werden kann, ob ein Spiel auf eine Mehrfachteilnahme ausgelegt ist (G III 2).

These 2: Die Beachtung von Spielsequenzen sollte sowohl bei der Bestimmung der Erheblichkeit des Einsatzes als auch bei der Bestimmung der Zufallsabhängigkeit eine Rolle spielen. Hier drängt sich der Vergleich zur strafrechtlichen Einzelaktstheorie/ Gesamtbetrachtungslehre auf. Bei einem Managerspiele, welches kein vorzeitiges, regelbedingtes Ausscheiden vorsieht, ist bzgl. beider Fragen somit auf den neunmonatigen Zeitraum abzustellen (Abschnitt G IV).

These 3: Eine am Schutzzweck ausgerichtete Bewertung führt bezüglich der an Popularität gewinnenden Managerspiele zu einer Verneinung der Einsatzqualität. Gründe für das extrem niedrige Gefährdungspotenzial zur Spielsucht bei Managerspielen sind insbesondere die zwischen „Einsatz“ und Gewinn liegende, zwingende neunmonatige Spieldauer, in welcher kein regelbedingtes Ausscheiden möglich ist, sowie der Ausschluss wiederholter „Einsätze“ (Abschnitt G IV).

These 4: Über die fehlende Einsatzqualität hinaus ist zudem die Einordnung als zufallsabhängiges Spiel – je nach konkreter Ausgestaltung – abzulehnen. Entscheidende Faktoren für eine Klassifizierung als Geschicklichkeitsspiel sind hierbei etwa die Punktevergabe anhand objektiver Bewertungskriterien, das Erfordernis eines kurz- und langfristigen Vorhersagehorizonts sowie das Maß an Einflussmöglichkeiten während des Spielverlaufs (Aufstellung, Transfers).

Aufgrund der Spieldauer und Spielspezialisierung ist bzgl. der Teilnahme von einer hohen „Hemmschwelle“ auszugehen, sodass (aufgrund des Kriteriums der gegenseitigen Erreichbarkeit) vergleichsweise hohe Durchschnittsfähigkeiten den Maßstab bilden (Abschnitt G IV).

Erkenntnis 8: Das deutsche Glücksspielrecht bedarf einer umfassenden Reform. Im Lichte des Kohärenzprinzips muss diese Reform dazu führen, dass die Strenge der Regulierung eines Spiels in einem systematisch nachvollziehbaren Bezug zu dessen Gefährlichkeit steht (vertikale und horizontale Kohärenz). Eine solch kohärente Regelung

muss unter anderem eine Liberalisierung des Online-Glücksspiels sowie eine Aufgabe des Staatsmonopols im Lotteriebereich beinhalten (Abschnitt H I).

These 5: Ein solches kohärentes Regelungsgefüge sollte durch ein Bundesgesetz – das BGlüG – erfolgen, da nur ein solches einerseits die erforderliche Kohärenz und Systematik gewährleistet und andererseits eine effektive Suchtprävention sicherstellt, indem es u.a. einen Liberalisierungswettbewerb der Länder verhindert. Das Gesetz sollte eine grundsätzliche Genehmigungspflicht vorsehen und einen am Gewerberecht orientierten, nach dem objektiven Gefährdungspotenzial abgestuften Ordnungsrahmen schaffen (Abschnitt H I, II).

Mittelfristig wird der deutsche Gesetzgeber somit an einer Reform des Glücksspielrechts nicht vorbeikommen. Zum Teil wurde spekuliert, dass sich eine grundlegende Reformpflicht der gesamten Glücksspielmaterie bereits als Folge des Vorlagebeschlusses des AG Sonthofens an den EuGH ergeben könnte.¹¹⁴⁶ In dem zugrunde liegenden Sachverhalt wurde der Beklagten, Frau Sebat Ince, zur Last gelegt, sie habe in einer „Sportsbar“ mittels Wettautomaten Sportwetten vermittelt, ohne eine behördliche Erlaubnis hierfür zu besitzen. Die österreichische Gesellschaft, für die die Wetten angenommen wurden, besaß lediglich in Österreich eine Lizenz für die Veranstaltung von Sportwetten. Bezüglich der dem Geltungszeitraum des GlüStV2012 unterfallenden Vorwürfe entschied der EuGH in seinem jüngst veröffentlichten Urteil, dass das europarechtswidrige staatliche Wettmonopol aufgrund des immer noch nicht abgeschlossenen Konzessionsverfahrens faktisch fortbestehe. Aus diesem Grund sei eine auf das Fehlen einer behördlichen Erlaubnis gestützte Strafbarkeit gemäß § 284 StGB nicht mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar.¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁶ AG Sonthofen, Vorlagebeschluss vom 07.05.2013 – 1 Ds 400 Js 17155/11, BeckRS 2014, 05708; vgl. *Ruttig*, Ein Pyrrhussieg für Online-Sportwettangebote, abrufbar im Internet: <<http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-c33614-gluecksspiel-online-wettbuero-vergabe-eurecht>> (Stand: 13.06.2016).

¹¹⁴⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 04.02.2016 – Rs. C 336/14 (Ince), ECLI:EU:C:2016:72, Rn.85 ff.

Zu beachten ist jedoch, dass sich die Entscheidung des EuGH nur auf terrestrische Sportwettenangebote bezieht. Bezüglich Online-Glücksspielen bestand auch unter Geltung des GlüStV2008 kein staatliches Monopol, sodass ein solches durch das nicht abgeschlossene Konzessionsverfahren auch nicht faktisch fortgeführt oder gar gefestigt werden konnte.¹¹⁴⁸

Somit ergibt sich – zumindest für den Bereich der Online-Glücksspiele – für den Gesetzgeber aus diesem Urteil auch keine unmittelbare Handlungspflicht. Was droht, ist nun die sich seit einiger Zeit andeutende Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland.¹¹⁴⁹

Im Lichte einer seit nunmehr zehn Jahren vermissten europarechtskonformen Glücksspielregulierung ist man hinsichtlich dieses Zustandes fast geneigt, sich den letzten hoffenden Worten von *Dostojewskijs* Protagonisten Alexej Iwanowitsch anzuschließen:

*„Morgen, morgen wird alles ein Ende haben!“*¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁸ Vgl. *Ruttig*, Ein Pyrrhussieg für Online-Sportwettangebote, abrufbar im Internet: <<http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-c33614-gluecksspiel-online-wettbuero-vergabe-eurecht>> (Stand: 13.06.2016).

¹¹⁴⁹ Vgl. *Wettach/Hielscher*, EU-Kommission ermittelt gegen deutsche Glücksspielregeln, abrufbar im Internet: <<http://www.wiwo.de/politik/deutschland/gluecksspiel-eu-kommission-ermittelt-gegen-deutsche-gluecksspielregeln/13079204.html>> (Stand: 13.06.2016).

¹¹⁵⁰ *Dostojewskij*, *Der Spieler*, S. 219.

Selbstständigkeitserklärung

Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende Arbeit selbst angefertigt habe und alle von mir benutzten Hilfsmittel, persönlichen Mitteilungen und Quellen in meiner Arbeit angegeben habe.

Zu keinem Zeitpunkt habe ich die Hilfe eines Promotionsberaters in Anspruch genommen. Auch andere Dritte haben von mir weder unmittelbar noch mittelbar geldwerte Leistungen für Arbeiten erhalten, die im Zusammenhang mit dem Inhalt der vorgelegten Dissertation stehen.

Hannover, den 11. Juli 2016

(Constantin Fahr)